

ULUSLARARASI
NECMETTİN ERBAKAN HUKUK KONGRESİ
TAM METİN BİLDİRİ KİTABI





Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları: 149
ULUSLARASI NECMETTİN ERBAKAN HUKUK
KONGRESİ TAM METİN BİLDİRİ KİTABI

Editör

Prof. Dr. Nuran KOYUNCU

Graphic & Design

Büşra UYAR

Muhammed Sami TEKİN

Mustafa ALTINTEPE

E-ISBN

978-625-8080-79-7

NEÜ YAYINLARI

Necmettin Erbakan Üniversitesi Yayınları

Yaka Mah. Yeni Meram Cad. Kasım Halife Sok.

No: 11/1 Meram / KONYA

0332 221 0 575 - www.neuyayin.com

Ekim, 2022

** All rights of this work belong to Necmettin Erbakan University Press. It is not intended for photocopying, does not recommend applying pictures, figures, etc.*

** The responsibility of any information and interpretation written in the book belongs to the authors themselves.*

- Bu eser Creative Commons Atıf-GayriTicari 4.0 Uluslararası Lisansı ile lisanslanmıştır.
- This work is licensed under a Creative Commons Attribution-NonCommercial 4.0 International License.



İÇİNDEKİLER

CEZA VE CEZA MUHALEMESİ HUKUKU

KESİNTİSİZ (MÜTEMADİ) SUÇ	6
<i>Dr. Mehmet Zülfü ÖNER</i>	
ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SAVCILIĞININ GÖREV VE YETKİLERİ	32
<i>İlhan BULUT</i>	
KULLANMA ZİMMETİ	59
<i>Irmak KORUCULU,</i>	
TÜRK CEZA KANUNUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU İLE KİŞİSEL VERİLERİ KORUYAN SUÇLAR ARASINDAKİ İLİŞKİYE DAİR BİR DEĞERLENDİRME	80
<i>Bekir BOGA</i>	

HUKUK TARİHİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİNDE MODERN HUKUK EĞİTİMİNİN KURULUŞU VE GELİŞİMİ	110
<i>Halil İbrahim ÇELİK</i>	

İDARE HUKUKU

KABAHAHLERDE LEHE NORMUN TESPİTİNİN ZORLUĞU SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ	140
<i>Dr. Öğr. Üyesi Mahmut CEYLAN</i>	140

İNSAN HAKLARI VE DEMOKRASİ

KADININ İNSAN HAKLARINDAN BİR SAPMA ÖRNEĞİ: ÇOCUK GELİN UYGULAMASI	163
<i>Ayşen SEYMEN ÇAKAR</i>	
HANS KELSEN DÜŞÜNCESİNDE DEMOKRASİ TEORİSİ ve HUKUKLA İLİŞKİSİ	181
<i>Rıdvan DEĞİRMENCİ</i>	

İSLAM HUKUKU

İSLAM HUKUKUNUN KLASİK KAYNAKLARINDA İMAR /ŞEHİR PLANLAMASI: HÜSÂMÜDDİN SADRÜ'Ş-ŞEHİD'İN KİTABÜ'L-HİTÂN ÖRNEĞİ	202
<i>Adem ESEN</i>	
İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KASTEN YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN ORGAN NAKLİ	225
<i>Mustafa ÜNAL</i>	

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZİN NEDENLERİ VE ETKİLERİ240
Sümeyye KARA

MEDENİ HUKUK

BOŞANMA DAVASINDA EŞLERİN MALLARININ YÖNETİMİNE İLİŞKİN
GEÇİCİ ÖNLEMLER.....265
Banu Bilge SARIHAN, Mustafa YILDIRAN

DİJİTAL BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE ÇOCUĞUN DİJİTAL SOSYAL MEDYA
KULLANIMI FAALİYETLERİNE ODAKLANAN VELAYET HAKKININ
KULLANIMININ SINIRLARI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER290
Doğa Ekrem DOĞANCI

VELAYETTE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ.....338
Süheyla ZORLU

ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDAN SONRA NAFKA TALEBİNDE
BULUNULMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME373
Ayşe KARACA ÖZ

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ HALİNDE ÖDENMESİ KARARLAŞTIRILAN
ÜST HAKKI BEDELİNE İLİŞKİN ANLAŞMALARIN ŞERHİ.....385
Onur İLHAN

MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU

BANKA ALACAKLARININ İİK M. 150/I HÜKMÜ UYARINCA REHNİN
PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLU İLE İLAMLİ TAKİBİ411
Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN, Arş. Gör. Eylül BALIKÇI

İFLAS HUKUKUNDA SATICININ GERİ ALMA HAKKI450
Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN, Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ

MİLLETLERARASI KAMU HUKUKU

ULUSLARARASI KAMU HUKUKUNDA PARALI ASKERLERİN HUKUKİ
STATÜSÜ: RUSYA-UKRAYNA SAVAŞI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME480
Mehmet GÜNEŞ

RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİ ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMASININ
MUHTEMEL SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ.....519
Emine Betül GÖKTAŞ

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

ICSID TAHKİM KARARLARININ TÜRKİYE'DE İCRASI PROBLEMİ:
28.4.2021 TARİHLİ E. 2021/875 K. 2021/4586 NOLU YARGITAY KARARI
DEĞERLENDİRMESİ550
Esra YILDIZ ÜSTÜN

CEZA VE CEZA MUHAKEMESİ HUKUKU

KESİNTİSİZ (MÜTEMADÎ) SUÇ

*Dr. Mehmet Zülfü ÖNER**

Öz

Günümüzde suçların çeşitlenmesi ve sayısının artması bir yana, suçların işleniş biçimi ve doğurduğu sonuçların karmaşıklaşması, ceza hukuku kavramlarının yeniden ele alınması ve açıklanması ihtiyacını artırmaktadır. Kesintisiz (mütemadî) suç; ceza hukukunun diğer kavramları gibi, üzerinde tartışmaların ve değişik görüşlerin bulunduğu bir kavramdır. Bu bağlamda kesintisiz suç kavramının tanımı, ceza hukukunun diğer kavramlarıyla olan ilişkisi, maddi ceza hukuku ile ceza muhakemesi alanında doğurduğu sonuçların belirlenmesi, bu alandaki tartışmalar ve uygulanma farklılıkları önem taşımaktadır.

Bir suçun kanuni tanımında yer alan fiilin icrasının belirli bir süreyle devam ettiği suçlara kesintisiz suç adı verilmektedir. Değişik görüşler bulunmakla birlikte, bu suçlarda devam eden esasen suçun hareketi olup hareket devam ettiği müddetçe suç işlenmeye devam etmektedir. Bu bağlamda suçun sırf hareket suçu ya da neticeli suç olması sonucu değiştirmemekte, kanuni tanımda neticenin arandığı hallerde hareket ile birlikte netice de devam etmektedir. Öğretide kesintisiz suçlarda devam edenin hareket, netice veya her ikisi olduğu noktada farklı görüşler bulunmaktadır. 2005 yılında yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu döneminde olduğu gibi yeni Türk Ceza Kanunu da bu suçlara yer vermiştir. Kesintisiz suçlara örnek olarak, TCK'nın 109. maddesindeki kişi özgürlüğünden yoksun kılma suçu, TCK'nın 220. maddesindeki suç işlemek amacıyla örgüt kurma suçu, TCK'nın 116. maddesindeki konut dokunulmazlığını bozma suçu verilebilir.

Bu çalışmanın konusu, kesintisiz suç kavramının incelenmesidir. Bu bağlamda, ilk olarak; kesintisiz suç kavramı, bu kavramın hukukî niteliği ve unsurları üzerinde durulacaktır. Bu noktada ceza hukuku öğretisinde kesintisiz suçla ilişkin olarak süregelen tartışmaların aktarılmasına çalışılacaktır. İkinci olarak; bu kavramın benzer müesseseler ile karşılaştırması yapılarak aradaki farklar aktarılmaya çalışılacaktır. Bu açıklamalardan sonra kavramın maddi ceza hukuku ve muhakeme hukukundaki bazı hüküm ve sonuçları incelenecektir. Bu kapsamda kesintisiz suç söz konusu olduğunda özellik gösterdiği düşünülen, isnat yeteneği, ceza kanunlarının birbirini izlemesi, af, şikâyet hakkından vazgeçme, şikâyetin geri alınması ve kesin hükmün önleyici etkisi gibi hususlara değinilecektir. Çalışmada, 765 sayılı TCK ile 2005 yılında

* Dr./Avukat-Ankara Barosu/mehmetzulfu@yahoo.com, ORCID ID: 0000-0002-6251-4424

yürürlüğe giren 5237 sayılı TCK açısından düzenleme farklılıkları ve yer geldikçe yargı kararlarına da yer verilecektir.

Anahtar sözcükler: Kesintisiz Suç, Ani Suç, Ceza Hukuku, Ceza Muhakemesi

CONTINUOUS CRIME

Abstract

Today, the number of crimes has increased and not diversified. In addition, the way crime is committed and the complexity of its consequences increase the need to reconsider the concepts of criminal law. Like other concepts of criminal law, continuous crime; it is a concept with discussions and different views on it. In this context, the definition of the concept of continuous crime, its relation with other concepts of criminal law, and the determination of its consequences in the field of criminal law and criminal procedural law is important.

The crimes in which the execution of the act, which is included in the legal definition of a crime, continues for a certain period of time, is called a continuous crime. Although there are different opinions, what continues in these crimes is essentially the movement of the crime, and the crime continues to be committed as long as the action continues. In this context, the fact that the crime is purely an act or a crime with a result does not change the result, but in cases where a result is sought in the legal definition, the result continues with the act. In the doctrine, there are different opinions on the point that what continues in continuous crimes is the act, the result or both. As in the period of the Turkish Penal Code No. 765, which was repealed in 2005, the new Turkish Penal Code also included these crimes. Examples of continuous crimes are the crime of deprivation of personal liberty in Article 109 of the TPC, the crime of forming an organization in order to commit a crime in Article 220 of the TPC, and the crime of violating the immunity of residence in Article 116 of the TPC.

The subject of this study is to examine the concept of continuous crime. In the study, firstly; the concept of continuous crime, the legal nature and elements of this concept will be emphasized. In this context, it will be tried to convey the ongoing debates regarding continuous crime in criminal law doctrine. Secondly; this concept will be compared with similar institutions and the differences will be explained. Finally; some provisions and consequences of the concept of continuous crime in criminal law and criminal procedural law will be examined. In addition, issues such as the ability to impute, the succession of criminal laws, amnesty, waiver of the right to complain, withdrawal of the complaint and the preventive effect of the final judgment, which are thought to be characteristic in the case of continuous crime, will be discussed. In the study, the differences in the

regulations regarding the TPC numbered 765 and the TPC numbered 5237, which entered into force in 2005, and judicial decisions will be included when appropriate.

Keywords: Continuous Crime, Sudden Crime, Criminal Law, Criminal Procedure Law

A. KESİNTİSİZ SUÇ KAVRAMI, HUKUKİ NİTELİĞİ VE UNSURLARI

1. Kesintisiz (Mütemadî) Suç Kavramı

Türk ceza hukukunda, ‘kesintisiz suç’ kavramının kanunî bir tanımı mevcut değildir. Bu kavram, hareketin eseri olan hukuka aykırı sonucun(ihlâlin) birden sona ermeyip, zaman içinde devam etmesi ve bu devamlılığın failin iradi bir davranışına bağlı olması şeklinde tanımlanmaktadır¹. Kanun koyucu, bu suç tiplerinde; değişik görüşler bulunmakla birlikte hareket(davranış) veya sonucun bir süre devam etmesini aramaktadır. Öğretide, bu suçlar için zorunlu kesintisiz (mütemadî) suç, bunun dışındaki anî suçların temadî edecek şekilde işlenmesi durumunda ise muhtemel kesintisiz (mütemadî) suç kavramı kullanılmıştır².

Mülga 765 sayılı Türk Ceza Kanunu (m.103) ve mülga 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu’nda (m.8) olduğu gibi; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu (m.66) ve 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu (m.12) bu kavrama yer vermiş, ancak kavramla ilgili bir tanım öngörmemiştir. Türk Ceza Kanunu’nda kesintisiz suçlara; hürriyetten yoksun bırakma. (m.109), hakkı olmayan yere tecavüz (m.154), suç işlemek amacıyla örgüt kurma (m.220), düşmanla iş birliği yapmak (m. 303), silahlı örgüt (m. 314) vs. suçları başlıca örnek olarak verilebilir.Kanun koyucu, eski TCK ve CMK’dan farklı olarak, mütemadî suç yerine ‘**kesintisiz suç**’ tabirini kullanmıştır. Öğretide, bu kavramların dışında, ‘**kesiksiz, sürekli suç, süregelen suç**’ ifadelerinin de kullanıldığı görülmektedir³.

¹ Önder, Ayhan, “Mütemadî Suç”, *İ.Ü. H. F. M.*, C. XXIX, 1963, S. 1-2, s. 79 vd.; Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pinar, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Seçkin Yayınları, 2019, s. 156.; Özgenç, İzzet / Üzülmüş, İlhan, *Ceza Genel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2019, s.124.; Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. I, 14. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997, s. 385.; Kunter, Nurullah, *Suçun Maddî Unsurları Nazarıyesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954, s. 96.; Sancar, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995, s. 30.; Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970, s. 48.; Taner, Mahir, *Ceza Hukuku*, Umumî Kısım, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953, s. 97.

² Katoğlu, Tuğrul, *Kesintisiz Suç (Mütemadî Suç)*, Seçkin Yayınları, 2022, s.91.; Dönmezer / Erman, s. 388.; Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Bası, Ankara, 2013. s.231.

³ Bkz. Koca, Mahmut / Üzülmüş, İlhan, *Türk Ceza Genel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2019, s.546.; Özgenç / Üzülmüş, s.124.; Özbek, / Doğan, / Bacaksız, s. 156.; Erem, Faruk / Çalışkan, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 1997, s. 137 vd.; İcel, Kayihan / Akıncı Sokullu, Füsün, *Suç Teorisi*, 2. Kitap. 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000, s. 69.

Yargıtay da, kesintisiz suç kavramını öğretide kullanılan bazı ölçütleri kullanarak failin eyleminin korunan hukuki yararı bir süre hukuka aykırı olarak ihlâl edip devam ettirmesini ve sonucun birden sona ermeyip, zaman içinde sürmesi şeklinde tanımlamaktadır⁴.

Türk hukukunda mütemadî, kesintisiz, sürekli, süregelen olarak tanımlanan bu kavram için; Fransız hukukunda '*Delictum Continuum, Délit Successif, Délit Continu Permanent*', İtalyan hukukunda '*Reato Permanente, Reato Continuato*', Alman hukukunda '*Dauernverbrechen, Dauerdelik, Dauernsraftat*', Avusturya hukukunda ise "*Dauerstarftat*" ifadeleri kullanılmaktadır⁵.

2. Kesintisiz Suçun Hukukî Niteliği ve Unsurları

Öğretide, kesintisiz suçun hukukî niteliğini açıklamak için çeşitli görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden birisi, hakkın ihlâli teorisidir. Bu teoriye göre; bazı suçlarda hakkın ihlâli bir anda meydana gelmiş ve bitmiştir, bazı suçlarda ise, suç tamamlandığı halde hakkın ihlâli devam etmektedir. Burada devam eden, suçtan oluşan zarar yanında hakkın ihlâlidir. Suç işlemek için örgüt kurmak, hürriyetten yoksun kılma gibi suçlar bu yönüyle kesintisiz (mütemadî) suç olarak kabul edilmelidir⁶.

⁴ "Hürriyetten mahrumiyetin süresi: kişisel hürriyetten mahrumiyet kavramı, anlık o/mayan bir süreyi zorun/ u o/arak içerir, hukuken kabul edilebilecek bir zaman süresince failin sürmesini gerektirir. Bu suç, failin eyleminin korunan hukuki yararı bir süre hukuka aykırı olarak ihlâl edip devam ettirmesini ve sonucun birden sona ermeyip, zaman içinde sürmesi nedeniyle mütemadî bir suçtur. Failin mağdurun hürriyetini beş on dakika için de olsa kısıtladığını bilmesi ve istemesi halinde bu suçun meydana geldiğini kabul etmek gerekir. (ERMAN/ÖZEK; Kişilere Karşı, s. 130) Sürenin hem fail, hem mağdur açısından kişiyi hürriyetinden mahrum bırakma niteliğini taşıyıp taşımadığının hâkim tarafından tespiti gerekir. Esasen bu sürenin mutlak olarak belirlenmesi kabul edilemez. (CÍVOLI, S.226 (Aktaran GÜLSEN, Recep; a.g.e., s.58). Hürriyetten yoksun kulma kısa veya uzun bir süre devam edebilir. Sürenin kısa veya uzun olmasının suça etkisi yoktur. Ancak anlık ve çok kısa süreli olarak, örneğin kişinin kolundan tutulması bu suçu oluşturmaz. Sürenin çok kısa olup olmadığı somut olayın özelliklerine ve kanıt durumuna göre hâkim tarafından değerlendirilecektir. Kişiyi özgürlüğünden yoksun kılmanın uzun veya kısa süreli olmasının önemi yoksa da sınırlamanın belli bir süre devam etmesi, yani önemli olması gerekir. (TEZCAN/ERDEM/ÖNOK Ceza Özel Hukuku, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2007, s.347; ve aynı düşünüşteki diğer düşünürler için bakınız s. 347, dipnot 155) Bu suç temadî eden suçlardan olup, mağdurun ölümü, üçüncü kişinin müdahalesi veya mağdurun kaçması ile son bulabilir." Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.06.2010, 2010/8-110 E., 2010/161 K. sayılı karar.

⁵ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Kunter, s. 96 vd.; Önder, s. 75 vd.; Taner, s. 98.

⁶ Erem, Faruk, *Türk Ceza Hukuku*, C.I, Genel Hükümler, 10. Bası, 1973, s. 380.

Bir diğer görüş, hakka baskı teorisi. Bu teoriye göre; bazı haklar nitelikleri gereği baskı altında tutulabilir, baskı sona erdiğinde hakkın yeniden kullanılması mümkün hale gelir. Yani, suç oluşturduğu ve baskı altında tutulan hareket sona erdiğinde, hak yeniden kullanılabilir. İşte maddî nitelikte olmayan bu türden hakların baskı altına alınması durumunda kesintisiz suç oluşmaktadır. Hakka baskı teorisi, bu suçların bütününe açıklamak için elverişli olmadığı yönüyle eleştirilmiş, bu yönüyle zilyetlik hakkının baskı altına alındığı hırsızlık suçunun kesintisiz bir suç olmadığı dile getirilmiştir⁷.

Kesintisiz suçun açıklayan bir diğer görüş, kuralcı teoridir. Buna göre; bir suçun anî veya kesintisiz suç olup olmaması, onun kanundaki tanımından ortaya çıkarılmalıdır⁸. Bu görüşe yakın bir diğer görüş, çifte kuralcı teori olup buna göre; kesintisiz suç için iki safha bulunmaktadır, birinci safhada hareket vardır, sonuç yoktur. İkinci safhada ise yapılan hareket, hukuka aykırı duruma son vermemek şeklinde, yani yapmamak şeklinde gerçekleşmektedir. Burada sonuç, hareketin birinci ve ikinci safhasının arasına girmiş olup kesintisiz suç meydana gelmiştir⁹.

Kesintisiz suçun hukukî niteliğini açıklamak için, bu suçun birden fazla fiilden meydana geldiğini kabul eden bir başka görüş dile getirilmiş, buna karşılık bu suçun tek bir fiilden meydana geldiği ve burada gerçek bir birlik olduğu ifade edilmiştir. Ayrıca bu tür suçlarda fiilin birden fazla veya tek olmasının kanundan kaynaklandığını ve hukukî bir birlik olduğunu kabul eden görüşler ileri sürülmüştür. Bu görüşlerden birincisine göre; kesintisiz suç, birden fazla fiilden oluşmaktadır, ancak bu fiiller birlik teşkil eden kesintisiz suçun meydana getirmektedir¹⁰. Diğer görüşe göre; kesintisiz suçta ne kadar devam ederse etsin tek bir fiil ve tek bir suç vardır. Yani, kesintisiz suçta devam eden hukuka aykırı durum(ihlâl) veya sonuç tektir, bu nedenle burada gerçek bir birlik bulunmaktadır¹¹. Üçüncü görüşe göre; kesintisiz suçta birden fazla

⁷ Bu teorisinin ayrıntıları hakkında bkz. Erem, s. 381 vd.

⁸ Erem, s. 382.

⁹ Erem, s. 383.

¹⁰ Bu görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Önder, s. 94 vd. Kanunların kesintisiz suç ile aynı hüküm ve sonuçlara tabi kıldığı zincirleme (müteselsil) suçlar için ifade edilen aynı görüş hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar, s. 53 vd.

¹¹ Bkz. Önder, s. 95 vd. Zincirleme suçlar için bkz. Sancar, s. 55 vd.

fiil vardır, ancak birden fazla fiil kanundan kaynaklanan nedenle hukuki bir birlik olarak kabul edilmektedir¹².

Kesintisiz suçun ne zaman tamamlandığı konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür¹³. Bir görüş bu suçların varlığı için gereken unsurların bir araya gelmesi ile tamamlandığını, kesintisizliğin (temadînin) sona erdiği anın suçun tamamlandığı değil, sona erdiği an olduğunu dile getirmektedir. Yani, bu görüş suçun tamamlanması ile sona ermesini ayrı kavramlar olarak ele almaktadır. Bir diğer görüş, kesintisiz suçlarda suçun tamamlanmasını, hareketin (davranışın) belli bir süre devam etmesine bağlamaktadır. Buna göre, ihlâlin asgari bir süre devam etmesi le bu suç tamamlanır. Son bir görüş, kesintisiz suça ilişkin normun olumlu ve olumsuz olmak üzere ikili bir yapıya sahip olduğunu, normdaki olumsuz emrin faile ihlâle son verme yükümlülüğü yüklediğini, dolayısıyla bu yükümlülüğün ihlâlinin bir süre devam etmesi ile kesintisiz suçun tamamlanacağını kabul etmektedir¹⁴.

Öğretide, zincirleme (müteselsil) suçta olduğu gibi; kesintisiz suç için de sonucun veya hareketin devam edip etmemesinin, hareketin tekrarlanmasının veya birden fazla fiil bulunmasının bu suçu belirlemede yeterli olmadığı, dolayısıyla normun ihlâli ölçütünden hareket edilmesi gerektiği dile getirilmiştir¹⁵. Yargıtay, konuya ilişkin bir kararında; kesintisiz suçun varlığının tespitinde ele alınması gereken kriter sonucun devam edip etmemesidir¹⁶.

Yukarıda kısaca açıklanan bu görüşlerden hangisi ölçüt alınırsa alınsın kesintisiz suçun oluşması için; kesilmeden devam (temadî)

¹² Önder, s. 98.

¹³ Bu görüşler ve eleştirisi hakkında bkz. Katoğlu, Kesintisiz, s.17 vd.; Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması*, Seçkin Yayınları, 2008, s.51-52.

¹⁴ Katoğlu, Kesintisiz, s.77 vd.

¹⁵ Bkz. Sancar, s. 26 vd. ile 158.

¹⁶ “İhmal ve icra hareketlerinin meydana getirdiği sonucun devam etmeden hemen son bulması halinde suç, ani bir suçtur. Adam öldürmek, müessir fiil, hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar, ani suçlardandır. Bir suça ani suç niteliğinin verilmesindeki esas, sonucun icra hareketleri tamamlanır tamamlanmaz meydana gelmesi olmayıp, icra hareketlerinin tamamlanmasından bir süre sonra meydana gelse bile, zaman içinde devam edip gitmemesidir. Bir suçun ani sayılması için bakılan şey hareketin değil, sonucun devam edip etmemesidir. Sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam etmesi halinde mütemadî suçun varlığından söz edilir.” şeklinde ifade etmiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.12.1984, E. 1984-8-241, K. 1984-434. Sayılı kararı.

eden hareket veya sonucun failin kusurundan ileri gelmesi genellikle kabul edilmektedir¹⁷. Burada tartışma konusu bir başka husus kesintiye (temadîye) son verip vermemenin failin iktidarında olup olmadığıdır. Bu noktada öğretilerde; kesintisiz suçun varlığı için, failin kesintiye istediği zaman son verebilmesi yani bu irade ve iktidara sahip olması gerektiği görüşü ileri sürülmüştür¹⁸. Bu görüş kesintisiz suçun varlığı için failin kesintiye son verebilme iktidarında olup olmamasının önemli olmadığı gerekçesiyle eleştirilmiştir. Örneğin kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda; mağdur failin iradesi dışında kaçtığı veya mağdurun kaçmasının maddî imkânsızlığa dönüşmesi durumlarında da kesintisiz suç oluşmaktadır¹⁹. Kesintisiz suç için, failin iktidarının gerekli olduğu görüşünde olanlara göre ise; burada kastedilen iktidar, maddî değil, failin bu imkâna sahip olup olmamasıdır, yani hukukî bir iktidardır²⁰.

Öğretilerde tartışılan bir başka husus kesintisiz suçların ihmalî şekilde işlenip işlenemeyeceğidir²¹. Bir görüşe göre; icraî şekilde işlenen suçun temadî etmesi için, icraî ve ihmalî hareketlerin bir araya gelmesi mümkündür. Örneğin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda; fail, önce icraî bir hareketle kişiyi hürriyetinden yoksun kılabilir, daha sonra ihmalî bir hareketle mağdurun hürriyetini iade etmemekle ve temadîye son vermemekle bu suçta devam edebilir²². Buna karşılık, kesintisiz suçun sonucun gerçekleşmesi ile tamamlandığı, sonucun ihmalî hareket ile bir süre devam edip etmemesinin bu suçun oluşması için önemli olmadığı dile getirilmiştir²³.

¹⁷ Dönmezer / Erman, s. 387.; Önder, s. 93.

¹⁸ Dönmezer / Erman, s. 385 vd.; Erem, s. 385.

¹⁹ İçel / Akıncı Sokullu, s. 69

²⁰ Dönmezer / Erman, s. 386.

²¹ Önder, s. 85.; Yargıtay kesintisiz suçların icraî veya ihmalî şekilde işlenebileceğini kabul etmektedir. Ceza Genel Kurulunun bu yöndeki bir kararında "Bir kısım suçlarda failin hareketinden doğan netice bazen belirli bir süre devam eder. Neticenin devam etmeyip derhal nihayete eriştiği suçlar "ani", neticenin devam ettiği suçlar ise "Müttemadî" suçlardır. Müttemadî suçlar, öğretilerde kabul edildiği üzere, icraî bir şekil gösterebileceği gibi ihmalî de olabilir. İcraî bir suçun temadî etmesi için bir icraî, bazen de ihmalî hareketin bir araya gelmesi gerekebilir. Şöyle ki; fail önce müsbet bir hareket yaparak suçun icraî kısmını ika eder, sonradan menfî bir durumu koruyarak temadîye son vermez." denilmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 07.04.1986, E. 1986-31, K. 1986-195. Sayılı kararı.

²² Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara, 2009, s. 177.

²³ Dönmezer / Erman, s. 387.; Erem, s. 3856 vd.

B. KESİNTİSİZ SUÇUN BENZER MÜESSESELERLE KARŞILAŞTIRILMASI

1. Kesintisiz Suç - Anî Suç

Bir suçun ne zaman anî ne zaman kesintisiz bir suç olduğunun belirlenmesi gerek teori gerekse uygulama açısından önem taşımaktadır. Öğretide; anî suç için **“anlık suç, neticesi harekete bitişik suç”** kavramları kullanılmış²⁴, kesintisiz suç gibi anî suçun da pek çok değişik tanımı yapılmıştır.

Bu tanımlardan biri; ani suçu verilen zararın devamı halinde dahi işlenmesiyle birlikte sonuçlanan suç şeklinde ifade etmektedir²⁵. Bir diğer tanım; anî hareketin tamamlanmasından sonra, sonucun zaman içinde devam etmediği suç şeklindedir. Buna benzer bir başka tanım, ani suçu, sonucu hareketine bağlı suçlar şeklinde kabul etmeyip hareketin sebep olduğu sonucun devam etmeden hemen son bulması şeklinde kabul etmektedir²⁶. Ani suç, davranış ve ihlâlin zaman içinde devam etmediği suçlar olarak da tanımlanmıştır. Bu görüşe göre sonucu bir anda gerçekleşen suç ani suç olup, sonuç (netice) bazen gecikebilir²⁷.

Bir kısım hukukçular, ani suçları, neticeli ve neticesiz olmak üzere iki grupta toplamaktadır. Suçun tamamlanması için sadece hareketin (davranışın) yeterli görüldüğü suçlar neticesiz ani suç olup, bu suçlar hareketin yapıldığı anda işlenmiş sayılır²⁸.

Bu tanımlardan anlaşılacağı üzere; kesintisiz suç ile anî suç arasındaki temel fark, hareketin(davranış) veya sonucun zaman içinde (bir süre) devam edip (temadî) etmemesi noktasında ortaya çıkmaktadır. Yargıtay da bir kısım kararlarında anî suç ile kesintisiz suçun sonucun devam edip etmemesi unsurunu kullanarak birbirinden ayırmaktadır²⁹.

²⁴ Dönmezer / Erman, s. 387.

²⁵ Taner, s. 97.

²⁶ Alacakaptan, s. 48.

²⁷ Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.48-49.

²⁸ Hareketin (davranış) parçalara ayrılabilirdiği suçlarda ise, davranışa özelliğini veren son davranışın yapıldığı anda suç işlenmiş kabul edilmelidir. Bkz. Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.49-50.

²⁹ Yargıtay bir kararında, “İhmal ve icra hareketlerinin meydana getirdiği sonucun devam etmeden hemen son bulması halinde suç, ani bir suçtur. Adam öldürmek, müessir fiil, hırsızlık, dolandırıcılık gibi suçlar, ani suçlardandır. Bir suçta ani suç niteliğinin

2. Kesintisiz Suç - Zincirleme (Müteselsil) Suç

Zincirleme (müteselsil) suç ile kesintisiz suç gerek öğretide gerekse uygulamada, genellikle ortak hükümlere bağlı bulunmalarından ve sahip buldukları devamlılık unsurundan dolayı en çok karıştırılan kavramlar arasındadır³⁰.

Kesintisiz suç ile zincirleme suç arasındaki en önemli bir fark; kesintisiz suçta hareket veya ihlâlin (sonucun) kesilmeden devam etmesine karşın, zincirleme suçta, birinci ihlâl (sonuç) gerçekleştikten sonra, ikinci veya daha sonraki ihlâllerin (sonuçların) gerçekleşmesidir. Yanî, zincirleme suçta, ihlâller (sonuçlar) arasında kesintinin meydana gelmesidir³¹.

Bu suçlar açısından diğer bir fark; kesintisiz suçta aynı ve tek ihlâl (sonuç) devamlılık göstermesine karşın, zincirleme suçta gerçekleşen ihlâlin (sonucun) birden çok olmasıdır. Kısaca, kesintisiz suçta, hareketlerin birleşmesine rağmen tek sonuç ve ihlâl söz konusu olduğundan gerçekleşen suç da tekdir³². Oysa, zincirleme suçta, birden çok sonuç ve ihlâl, dolayısıyla birden çok suç söz konusudur³³. Bu noktada zincirleme suç bakımından belirlenmesi gereken husus, öncelikle birden çok ihlâlin (suçun)

verilmesindeki esas, sonucun icra hareketleri tamamlanır tamamlanmaz meydana gelmesi olmayıp, icra hareketlerinin tamamlanmasından bir süre sonra meydana gelse bile, zaman içinde devam edip gitmemesidir. Ani suç deyimi, yalnız, icra hareketleri bir anda tamamlanan suç anlamına gelmez. Bir suçun ani sayılması için bakılan şey hareketin değil, sonucun devam edip etmemesidir. Sonucun birden sona ermeyip zaman içinde devam etmesi halinde mütemadî suçun varlığından söz edilir. Bir kısım suçlarda failin hareketinden doğan netice bazen belirli bir süre devam eder. Neticenin devam etmeyip derhal nihayete erdiği suçlar ani, neticenin devam ettiği suçlar ise mütemadî" suçlardır." açıklaması yapılmıştır. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 10.12.1984, E. 1984-241, K. 1984-434 sayılı kararı.; Yargıtay, bir başka kararında ani suç olarak kabul edilen bir suçun kesintisiz suç olarak işlenebileceğini işaret etmiştir. "Resmi belgede sahtecilik suçu seçimlik hareketli bir suç olarak tanımlanmıştır. ... Üçüncü seçimlik hareket ise, sahte resmi belgeyi kullanmaktır. Kullanılan sahte belgenin kişinin kendisi veya başkası tarafından düzenlenmiş olmasının bir önemi yoktur. Kullanma mütemadî suç şeklinde de gerçekleşebilir.". Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 21.01.2014, 2013/593 E., 2014/24 K.; Aynı yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 24.09.2013, 2012/11-1506 E., 2013/391 K. sayılı kararı

³⁰ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar, s. 30.; Önder, s. 87.; Taner, s. 102 vd.

³¹ Dönmezer / Erman, s. 392.

³² İçel / Sokullu Akıncı, s. 70.

³³ Bkz. Sancar, s. 32.; İçel, Kayıhan, *Suçların İctimai*, İstanbul, 1972, s. 104.; Kunter, s. 96.; Malkoç, İsmail / Güler Mahmut, *Uygulamada Türk Ceza Kanunu*, Genel Hükümler, C. I, Adil Yayinevi, Ankara, 1996, s. 589.; Gölcüklü, Feyyaz, *Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1985, s. 156 vd.

varlığı ve bu ihlallerin (suçların) tümünün bir suç işleme kararına veya planına bağlı olarak gerçekleşmesidir.

Belirtmek gerekir ki; kesintisiz suçların zincirleme suç şeklinde işlenmesi mümkündür³⁴. Kesintisizlik (veya temadî) bir süre devam ettikten sonra, aynı suç işleme kararıyla, aynı suç tekrar kesintisiz (temadî eder) şekilde işlenirse, iki kesintisiz suç arasında teselsül bulunur.

3. Kesintisiz Suç - İtiyadî Suç

Bir suçun basit veya ağırlaşmış şeklinin ortaya çıkması ve cezalandırılması için; hareketlerin (veya suçların) itiyat derecesine varacak surette tekrarının gerekli olduğu suçlara itiyadî suçlar denilmektedir³⁵. Özetle, itiyadî suçlarda, fiilin suç sayılması ve cezalandırılması için hareketin itiyad derecesinde tekrarlanması gerekmektedir³⁶. TCK'nun 6. maddesinde, itiyadi suçlu *'kasıtlı bir suçun temel şeklini ya da daha ağır veya daha hafif ceza gerektiren şekillerini bir yıl içinde ve farklı zamanlarda ikiden fazla sayıda işleyen kişidir.'* şeklinde tanımlanmıştır.

Kesintisiz suç ile itiyadî suç arasındaki fark; kesintisiz suçta bir hareketin meydana getirdiği sürekli bir ihlalin (sonucun) bulunması, itiyadî suçta ise, birden fazla hareket ve sonucun, yani suçun birden fazla tekrarlanmasının kanun koyucu tarafından istenmesidir³⁷. İtiyadî suçta, birden fazla hareket ve sonuç, yani birden çok suç bulunmakla birlikte, kanun gereği ceza normu bir defa ihlâl edilmektedir³⁸.

4. Kesintisiz Suç - İz Bırakan Suç

Kesintisiz suç ile iz bırakan suç birbirinden ayrı kavramlardır³⁹. İz bırakan suçlarda; hareket(davranış) ile birlikte sonuç meydana gelmekte ve hukuka aykırı durum (ihlâl) oluşmaktadır, ayrıca suç bu anda tamamlanmaktadır. Kesintisiz suçlarda ise, hareketin ve

³⁴ Katoğlu, Kesintisiz, s.96.

³⁵ Bamyacıoğlu, Nazmi, "Ceza Mevzuatımızda İtiyat ve İptila", ABD, 1958, S.1, s. 20 vd.; Dönmezer / Erman, s. 375.; İçel, s. 100 vd.; Sancar, s. 32.

³⁶ Dönmezer / Erman, s. 376.; Sancar, s. 32 vd.

³⁷ Önder, s. 92.; Katoğlu, Kesintisiz, s.96.

³⁸ Sancar, s. 33.

³⁹ Alacakaptan, s. 48.; Dönmezer / Erman, s. 385.; Önder, s. 91.

ihlâlin (sonucun) sürekliliğinin sona erdiği anda suç tamamlanmaktadır.

İz bırakan suçlara örnek olarak gösterilen bazı yaralama suçlarında; fiilin mağdur üzerinde bırakmış olduğu sabit iz ya da eserin kalıcılık göstermesi, kesintisiz suçta olduğu gibi hareket veya ihlâlin (sonucun) devam etmesi anlamına gelmez⁴⁰. Kesintisiz suçlardan farklı olarak iz bırakan suçlarda; suçun sonucu olan hukuka aykırı durum devam etmektedir, ancak bu durum suçun tamamlanmasına herhangi bir etkide bulunmamaktadır. Ancak bu durum, kanun koyucu tarafından sadece ağırlaştırıcı veya cezanın artırılmasını gerektiren bir neden olarak değerlendirilebilmektedir⁴¹.

Bir başka husus, iz bırakan suçlarda failin, suç nedeniyle ortaya çıkan devamlılığı ve etkiyi yahut daha doğru bir deyişle eseri ortadan kaldırma imkânına sahip olmamasıdır. Buna karşın kesintisiz suçlarda fail, temadîyi yani devamlılığı bitirmede hukuki bir iktidara veya olanağa sahiptir⁴².

5. Kesintisiz Suç - Bileşik (Mürekkep) Suç

Kesintisiz suç ile karıştırılan bir diğer suç, bileşik (mürekkep) suçtur. Bileşik suç; birden fazla suçtan meydana gelen bir suç tipi olup, bu suçlardan biri diğerinin unsuru veya ağırlatıcı bir sebebidir ve kanun gereği faile tek bir ceza verilmektedir⁴³. Bileşik suç ile kesintisiz suç kavram olarak farklı olmasına karşın bileşik suçların kesintisiz suç olarak işlenmesi mümkündür.

Öğretide, bileşik suçta tek bir suçun mu, birden çok suçun mu olduğu hususu tartışmalıdır. Bir görüşe göre; bu tür suçlarda birden fazla suç vardır, diğer görüşe göre; birden fazla suç yoktur, tek bir suç vardır⁴⁴.

Bileşik suçun en tipik örneği, hırsızlık, cebir kullanma ve tehdit suçlarını kapsayan yağma suçudur. Burada, bu suçlar; kanunda tanımlanan başka bir suç şekline, yanî yağma suçuna dönüşmekte,

⁴⁰ Dönmezer / Erman, s. 385.; Önder, s. 92.

⁴¹ Önder, s. 92.

⁴² Katoğlu, Kesintisiz, s.97.

⁴³ Alacakaptan, s. 62.; Dönmezer / Erman, s. 406.; Sancar, s. 37.

⁴⁴ Bu konuda ayrıntılı bilgi için bkz. İçel, 204 vd.; Sancar, s. 37.; Kunter, Nurullah, "Fikrî İçtima Sebepiyle Suçların Birleştirilmesi", *İ.Ü. H. F. M., C. XIV-XV, S. 1-2, s. 375.*

bu suretle bağımsız kimliklerini, hatta isimlerini bile kaybetmekte ve ortada yalnız yağma suçu kalmaktadır⁴⁵. Bileşik suçta, birden fazla suç arasında kanun gereği tam bir kaynaşma bulunmakta olup, bu suçun kendisini oluşturan suçlara bölünmesi imkânı yoktur⁴⁶.

C. KESİNTİSİZ SUÇUN HÜKÜM VE SONUÇLARI

1. Yer İtibariyle Yetkinin Belirlenmesi

Bilindiği üzere, yer itibariyle yetki; ceza muhakemesinde mahkemelerinin yetkisinin belirlenmesidir⁴⁷. Kesintisiz suçlarda yer itibariyle yetkinin belirlenmesi konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu tür suçların hukukî niteliğini açıklayan ve kesintisiz suçun birden fazla fiilden meydana geldiğini kabul eden görüş; kesintisiz suçta yer itibariyle yetkinin belirlenmesi hususunda ihmalî değil, icraî hareketin yapıldığı yerin esas alınması gerektiğini kabul etmektedir⁴⁸. Kesintisiz suçun tek bir fiilden meydana geldiğini kabul eden ve bu suçun gerçek bir birlik oluştuğunu kabul eden görüş ise; son hareketin yapıldığı yerin yetkiyi belirleyeceğini ifade etmektedir⁴⁹. Kesintisiz suçta fiilin birden fazla veya tek olmasının kanundan kaynakladığını ve bu suçta hukukî bir birlik olduğunu ifade eden bir diğer görüş ise, kesintisiz suçun doğası gereği her an işlenmekte olduğunu, bu suçların işlendiği her yerin ayrı ayrı yetkili olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Bu hususta ileri sürülen bir diğer görüş, kanunda hangi hükümlerin bulunduğu bakılması yönündedir⁵¹.

Ceza Muhakemesi Kanunumuzun 12. maddesi “(1) Davaya bakmak yetkisi, suçun işlendiği yer mahkemesine aittir. (2) Teşebbüste son icra hareketinin yapıldığı, **kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği** ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir.” hükmüyle Türkiye’de işlenen suçlar bakımından “suçun işlendiği yer” ölçüsünü koyduktan sonra,

⁴⁵ Dönmezer / Erman, s. 407.

⁴⁶ Sancar, s. 37.

⁴⁷ Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 12. Bası, İstanbul, 2002, s. 316 vd.

⁴⁸ Önder, s. 99 vd.

⁴⁹ Önder, s. 99 ve 116.

⁵⁰ Önder, s. 99 vd.

⁵¹ Önder, s. 100 ve 116.

müteselsil ve kesintisiz suçlar açısından karışıklık çıkmasını önlemek için hangi mahkemenin yetkili olacağını özel olarak göstermiştir⁵². Benzer hüküm yürürlükten kaldırılan 1412 sayılı Ceza Muhakemeleri Usulü Kanunu'nun 8. maddesinde de yer almıştır. Bir görüşe göre, genel yetki kuralı kesintinin gerçekleştiği yer olmakla birlikte, kesintisiz suç kesintisizliğin her anında işlendiğinden devamı anındaki mahkemenin de yetkili olması mümkündür⁵³.

2. Dava Zamanaşımının Belirlenmesi

Kesintisiz suçlarda dava zanaşımı sürelerinin başlangıcı ve belirlenmesi konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu alandaki tartışmalar kesintisiz suçun işlendiği zamanın belirlenmesi ile yakın bir ilişki içindedir⁵⁴.

Dava zanaşımı başlangıcının belirlenmesi konusunda bir görüş; kesintisiz suçların kısım kısım işlendiğini, bu nedenle bu suçlarda zanaşımının başlangıcının her bir suç için ayrı ayrı belirlenmesi gerektiği yönündedir. Bu düşüncede olan bazı hukukçular, kesintisiz suçun temadînin başlamasıyla tamamlandığını, cezai sonuçların bu anda doğduğunu, zanaşımı dâhil bütün cezai hüküm ve sonuçların failin lehine olacak şekilde yorumlanmasını ifade etmektedirler⁵⁵. Bu görüş; kesintisiz suçun bir kısmı için zanaşımının kabulü, diğer kısmı için kabul edilmeyerek çelişkili sonuçlara neden olması yönünden eleştirilmiştir⁵⁶.

Bir diğer görüşe göre; kesintisiz suçlarda, dava zanaşımı hukuka aykırı durumun (yani ihlâlin) meydana geldiği anda başlamalıdır. Bu görüşte olan hukukçular, hukuka aykırı durumun (ihlâlin) asgari ve yeterli bir süre devam etmesi ile suçun tamamlandığını, dolayısıyla suçun işlendiği kabul edilerek bu tarihin esas alınmasını önermektedir⁵⁷. Bu ölçüt, kesintisizlik (temadî) veya hukuka aykırı durumun (ihlâlin) uzun veya çok uzun sürmesi durumlarında

⁵² Kanunlarında yer itibarıyla yetki açısından hüküm bulunmayan hallerde müteselsil suçlar için hangi mahkemenin yetkili olacağı hakkında görüşler için bkz. İçel, s. 156. Sancar, s. 122.

⁵³ Katoğlu, Kesintisiz, s.195.

⁵⁴ Bkz. Katoğlu, Kesintisiz, s.152.; Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.52.

⁵⁵ Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.54-56.

⁵⁶ Bu görüşün ayrıntıları ve eleştirisi için bkz. Önder, s. 104.

⁵⁷ Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.56-57.

zamanaşımının dolacağı ve failin cezasız kalabileceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir⁵⁸.

Kesintisiz suçlarda dava zamaşımının başlangıcının belirlenmesi konusunda; son bir görüş olarak, ihlâlin yani kesintisizliğin (temadînin) sona ermesinin esas alınması yönündedir⁵⁹. Bu görüşte olan bir kısım hukukçular, kesintisiz suçta bir birlik olduğu, dolayısıyla temadînin kesildiği anın ihlâlin en yoğun an olduğu düşüncesinden hareket etmektedir⁶⁰.

Dava zamaşımı konusunda son görüşü, yani kesintinin gerçekleştiği zamanın esas alınması kuralını kabul eden kanun koyucu, Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde, "(6) Zamaşımı, tamamlanmış suçlarda suçun işlendiği günden, teşebbüs hâlinde kalan suçlarda son hareketin yapıldığı günden, **kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği** ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden, çocuklara karşı üstsoy veya bunlar üzerinde hüküm ve nüfuzu olan kimseler tarafından işlenen suçlarda çocuğun onsekiz yaşını bitirdiği günden itibaren işlemeye başlar." hükmünü getirmiştir. Bu hükme göre; kesintisiz suçlarda dava zamaşımı, kesintinin gerçekleştiği, yanî temadînin sona erdiği andan itibaren başlayacaktır⁶¹. Benzer hüküm, yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 103. maddesinde yer almıştır⁶².

Genel düzenleme bu olmakla birlikte zamaşımı açısından özel düzenleme var ise bu durumun da dikkate alınması gerekir. Yargıtay, bir kararında kesintisiz (mütamadî) suçlarda zamaşımının, kesintinin gerçekleştiği tarihte işlemeye başlayacağı düzenlenmişse de; Askeri Ceza Yasasının 49/A

⁵⁸ Bkz. Önder, s. 105.

⁵⁹ Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.54.; Önder, s. 105 ve 106.

⁶⁰ Kesintisizliğin (temadînin) sona erdiği anın ihlâlin en yoğun olduğu görüşünün isabetli olmadığı yönünde bkz. Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.54.

⁶¹ Özgenç, s. 177.; Günay, Erhan, *Dava ve Ceza Zamaşımı, Memnu Hakların İadesi, Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998, s. 30 vd.

⁶² Bkz. Katoğlu, Kesintisiz, s.152. "TCY'nın 103. maddesine göre tamamen icra olunmuş suçlarda failin, teşebbüs olunan veya icra ve ikmal olunamayan cürümler hakkında son failin işlendiği tarihten, mütamadî ve müteselsil cürümlerde ise temadî ve teselsülün bittiği günden itibaren başlayan dava zamaşımı süresi, hiçbir engelle karşılaşmadığı takdirde, suçun gerektirdiği cezaya göre değişen sürelerin dolması ile tamamlanarak, sonuç ve etkilerini doğurur." Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 04.05.2004, 2004/3-89 E., 2004/110 K. sayılı kararı; 765 sayılı TCK dönemindeki düzenlemenin ayrıntıları için bkz. Dönmezer / Erman, s. 389.; İçel, s. 155.; Sancar, s. 124.

maddesindeki ‘yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında bu sürenin bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlayacağı’ şeklindeki düzenleme gereği dava zamanasını süresinin suç tarihinden itibaren değil, 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sanığın 41 yaşına gireceği 2017 yılının Ocak ayının 1. gününden itibaren başlayacağına karar vermiştir⁶³.

Yargıtay, çeşitli kararlarında, kesintisiz suçlarda failin yakalanmasını, iddianame düzenlenmesini, mahkûmiyet hükmünü, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararını, af yasasını hukuki kesinti olarak görmekte ve dava zamanasının yeniden başlayacağını kabul etmektedir⁶⁴.

Kanaatimizce, hangi görüşe üstünlük tanınırsa tanınsın ihlâl veya temadînin her anında ayrı ayrı dava zamanasını süresi belirlenmesi, hukuk tekniğine uygun olmadığı gibi suçla mücadele

⁶³ “5237 sayılı TCY’nın 66. maddesinde kesintisiz (mütemadî) suçlarda zamanasının, kesintinin gerçekleştiği tarihte işlemeye başlayacağı düzenlenmişse de; Askeri Ceza Yasasının 49/A maddesinde “Yoklama kaçağı, bakaya, saklı ve firar fiilleri hakkında dava müruru zamanı, bütün askeri mükellefiyetlerin veya bizzat girmiş oldukları taahhüdün bitmesinden itibaren işlemeğe başlar” denilmek suretiyle bu suçlar için zamanasının başlangıcı yönünden özel bir düzenleme yapıldığı görülmektedir. Tüm bu düzenlemeler somut olayla birlikte değerlendirildiğinde; özellikle 1632 sayılı Askeri Ceza Yasasının Ek 8, Ek 9 ve Ek 10. maddeleri karşısında; 5237 sayılı TCY’nın 5. maddesinin, Askeri Ceza Yasasının 49/1-A maddesinde yer alan düzenlemeyi bertaraf etmeyeceği sonucuna varıldığından, halen yürürlükte bulunan ve uygulanması gereken 49. maddenin 1. fıkrasının A bendi uyarınca, sanık hakkında yoklama kaçağı suçundan açılmış bulunan kamu davasına ilişkin dava zamanasını süresinin suç tarihinden itibaren değil, 1111 sayılı Askerlik Kanunu’nun 2. maddesinin 1. fıkrası uyarınca sanığın 41 yaşına gireceği 2017 yılının Ocak ayının 1. gününden itibaren başlayacağını ve bu nedenle de dolmak bir yana henüz işlemeye bile başlamadığını kabulü gerekir.” Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 25.05.2010, 2010/7-44 E., 2010/124 K. sayılı kararı

⁶⁴ “...mahkûmiyet hükmü, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı ve af yasasında olduğu gibi iddianamenin düzenlenmesi de hukuki kesinti oluşturmaktadır. Mütemadî suçlarda hukuki kesintiden sonra fiile devam edilmesi, müteselsil suçlarda ise fiilin tekrarlanması yeni ve müstakil bir suçu oluşturmaktadır.” Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 08.04.2014, 2013/591 E., 2014/171 K.; “... silahlı terör örgütüne üye olma suçunun mütemadî bir suç olması, örgütten çekilme, teslim olma veya yakalanma gibi fiili bir nedenle ya da iddianame düzenlenmesi gibi hukuki bir nedenle temadînin kesilmesine kadar suçun devam etmesi sebebiyle...” Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 28.09.2010, 2010/162 E., 2010/179 K.; Aynı yönde bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18.09.2012, 2012/14-1244 E., 2012/1775 K.; 10.10.2017, 2017/999 E., 2017/405 K.; 10.10.2017, 2017/993 E., 2017/392 K.; 10.10.2017, 2017/992 E., 2017/391 K. sayılı kararı

yetersiz olacağından kesintinin gerçekleştiği anın ölçüt alınması isabetlidir⁶⁵.

3. Şikâyet

Şikâyet; belli suçlarda, mağdurların bazı sakıncalarından korunması için ceza soruşturmasının ve kovuşturmasının bu kişilerin müracaatına ve şartına bağlanmasıdır⁶⁶. Ceza mevzuatımızda, kesintisiz suç için şikâyet süresinin başlangıcı konusunda; yer itibariyle yetkinin ve zamanaşımın başlangıcının belirlenmesinde olduğu gibi, özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Bu konuda genel düzenleme Türk Ceza Kanunu'nun 73. maddesinde "(1) Soruşturulması ve kovuşturulması şikâyete bağlı olan suç hakkında yetkili kimse altı ay içinde şikâyette bulunmadığı takdirde soruşturma ve kovuşturma yapılamaz. (2) Zamanaşımı süresini geçmek koşuluyla bu süre, şikâyet hakkı olan kişinin fiili ve failin kim olduğunu bildiği veya öğrendiği günden başlar." hükmü bulunmaktadır. Benzer hüküm yürürlükten kaldırılan 765 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun 108. maddesinde yer almıştır.

Kanunda açık bir düzenleme olmamasına karşın kesintisiz suçlarda şikâyet süresinin başlangıcının belirlenmesinde, kesintisizliğin (temadfin) sona ermesi ölçüt alınacağı genellikle kabul edilmektedir⁶⁷. Bir başka görüş, İtalyan yargı uygulamasına paralel olarak kesintisizlik anından failden haberdar olunmasını süreyi başlatacağı yani şikâyet hakkının kullanımına ilişkin sürenin kesintisizlik devam ederken işleyeceği, aksi durumun failin sürekli bir dava tehdidi altında kalmasına yol açacağı yönündedir⁶⁸. Elbette burada failin ve failin mağdur tarafından bilinmesi veya öğrenilmesi şartı yine aranacaktır⁶⁹. Kesintisiz suçların kısım kısım işlendiğini ve dava zamanaşımın buna göre başlayacağını kabul

⁶⁵ Aynı yönde bkz. Katoğlu, Zaman Bakımından Uygulanması, s.54.

⁶⁶ Kunter / Yenisey, s. 73 vd.; Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. 1, 2. Bası, İstanbul, 1976, s. 166 vd.; Yurtcan, Erdener, *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s. 16.

⁶⁷ Katoğlu, Kesintisiz, s.153.; Dönmezer / Erman, s. 390.; Önder, s. 108.; Zincirleme suçlarda şikâyet süresinin başlaması hakkında ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar, 139 vd.

⁶⁸ Katoğlu, Kesintisiz, s.162-164.

⁶⁹ Katoğlu, Kesintisiz, s.160 vd.

eden görüş; şikâyetin başlangıcının da kesintisiz suçun işlenen kısımları için ayrı ayrı başlaması gerektiğini ileri sürmektedir⁷⁰.

Şikâyetten vazgeçme veya şikâyetin geri alınması durumunda kesintisiz suçun hüküm ve sonuçları konusunda farklı görüşler ileri sürülmüştür. Bir görüş, şikâyetten vazgeçme veya geri alma halinde kesintisizlik devam ederse sonradan devam eden fiil için ayrı bir şikâyet hakkının varlığını kabul ederken bir başka görüş, failin sürekli bir dava tehdidi altında kalmaması için geri alma ve vazgeçmeden sonra devam eden kesintisiz fiil için yeni bir şikâyet hakkının varlığını kabul etmemektedir⁷¹.

4. İştirak

Genel olarak bir suç işlenmeye devam edildiği sürece o suça iştirak (katılmak) ihtimali her zaman bulunmaktadır. Ancak, kesintisiz suça iştirak konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Bu suçların hukukî niteliği açıklanırken belirtildiği üzere; kesintisiz suçun hukukî bir birlik veya ayrı ayrı suçlardan oluşan suçlar bütünü olarak kabul edilmesine göre, iştirak konusunda farklı yaklaşımlar söz konusu olabilir.

Bir görüşe göre, kesintisiz suçta devam eden sonuç değil, icradır ve suçun icrası devam ettiği sürece iştirak etmek mümkündür⁷². Benzer şekilde, kesintisiz suç, suç birliği olarak kabul edildiğinde; kesintisizliğin (temadînin) sona ermesine kadar iştirak mümkün olacaktır⁷³. Ancak niteliği gereği, kesintisiz suç işlenmeye yani icraya başladıktan sonra, bu suça azmettirme şeklinde iştirak mümkün olmayacağı ifade edilmiştir⁷⁴. Benzer şekilde kesintisizlik devam ederken suç işlemeye teşvik ve işleme kararını kuvvetlendirme şeklinde iştirakin mümkün olmadığı ileri sürülmüştür⁷⁵.

Kesintisiz suçun birden fazla bağımsız suçtan meydana geldiği kabul edildiğinde ise; suç zinciri içinde işlenen bu suçlardan her birine ayrı ayrı iştirak mümkün olacak, ancak suçun bütününe

⁷⁰ Bu görüş ve eleştirisi için bkz. Önder, s. 107 vd.

⁷¹ Katoğlu, Kesintisiz, s.171-172.

⁷² Özgenç, s. 176-177.

⁷³ Önder, s. 109 vd.

⁷⁴ Erem, Faruk, "Suça İştirak", *A.Ü. H. F.D.*, 1946, S. I, s. 77 vd.

⁷⁵ Katoğlu, Kesintisiz, s.128.

iştirak mümkün olmayacaktır⁷⁶. Yargıtay, ihlale ilişkin kesintisizlik(temadî) devam ettiği sürece bu suça iştirakin mümkün olduğuna karar vermiştir⁷⁷.

Bir görüş, kesintisiz bir suça iştirak halinde, fiilin icrası sırasında ortaya çıkan suçu ağırlaştırıcı nedenlerin ortaklara uygulanacağını, diğer görüş uygulanmaması gerektiği yönündedir. Öğretide, mülga 765 sayılı TCK'da cezaya etki eden nedenlerin ortaklara sirayeti için 'bilme' unsuru aranmasına karşın yeni TCK'da bu yönde açık bir düzenleme bulunmamakla birlikte ceza sorumluluğunun şahsiliği ilkesinden hareketle, ağırlaştırıcı nedenlerin sirayeti konusunda bilme unsurundan hareketle sorunun çözümü mümkün olmalıdır⁷⁸.

5. Teşebbüs

Her suç belirli bir süreç izlenerek gerçekleşmekte olup, failin suçun icrasına başlamasına rağmen sonucun gerçekleşmemesi durumunda teşebbüs söz konusu olmaktadır. Kesintisiz suçlar açısından özellik arz eden durum bu suçların teşebbüse elverişli olup olmadığıdır.

Bu suçlarda, harekete bağlı sonucun failin iradesine bağlı olarak bir süre devam etmesi nedeniyle teşebbüsün elverişli olmadığı dile getirilmiştir. Bir başka görüşe göre, kesintisiz suçlarda fiilin icrası bir anda tamamlanmamaktadır, icra süreklilik yani devamlılık arz etmektedir⁷⁹. Bu nedenle, suç tamamlanmadığı sürece teşebbüs mümkün olup, icra bittiğinde suç tamamlandığından artık teşebbüs hükümleri uygulanmaz⁸⁰. Bir başka görüş, kesintisiz suçlarda hareketin bölünme imkânı varsa teşebbüsün mümkün olacağını

⁷⁶ Önder, s. 110 vd.

⁷⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun bir kararında "mütemadî suçlarda suçun tamamlanması değil temadînin kesilmesi önem kazanmakta ve sonuçlar doğurmaktadır. Bu nedenle ...suçun tamamlanmasından sonra, fakat temadîsi sırasında eyleme katılanlar hakkında iştirak hükümleri uygulanarak ceza tayını mümkün hale gelmektedir." denilmektedir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 12.12.1988, E. 1988-5-466, K. 1988-526 sayılı kararı.

⁷⁸ Katoğlu, Kesintisiz, s.133.

⁷⁹ Bu görüşe göre, kesintisiz suçun tamamlanması ile bitmesi farklı olup, suç tamamlandığı anda teşebbüs hükümlerinin uygulanması mümkün değildir. Örneğin kaçırılmak istenen şahıs direnç nedeniyle kaçırılmadığında suç tamamlanamamış, ancak kaçırılıp bir süreliğine de olsa hürriyetinden yoksun kaldığında suç tamamlanmıştır. İkinci durumda, kaçırılan kişinin kaçması veya araya kolluk görevlilerinin girmesi suçun tamamlanmasına engel olmadığından teşebbüs söz konusu olmayacaktır. Bkz. Özgenç, s. 438 vd.

⁸⁰ Özgenç, s. 176 vd.

kabul etmektedir⁸¹. Örnek olarak kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunda fail, mağduru kaçırmak için hareket ettiğinde elinde olmayan sebeplerle (çevredekilerin gelmesi, mağdurun direnmesi) hareketini tamamlayamadan kaçması durumunda teşebbüs söz konusu olabilecektir⁸².

Yargıtay, kesintisiz suçun tipik örneği olan kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüsün mümkün olduğuna karar vermiştir⁸³. Yargıtay bir başka kararında, öğretide kullanılan sırf hareket suçunun seçimlik hareketlerinin parçalara ayrılabilmesi nedeniyle teşebbüse elverişli olacağı yönündeki ölçütleri sıraladıktan sonra, failde suç kastı bulunması koşuluyla herhangi engel nedeniyle içeriye giremeyen failin eyleminin konut dokunulmazlığını bozmaya teşebbüs olduğunu kabul etmiştir⁸⁴.

⁸¹ Katoğlu, Kesintisiz, s.119.;Toroslu Nevzat, Ceza Hukuk Genel Kısım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012, s.294.; Şare Ersin, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, *TBB Dergisi*, 2017,s.149.

⁸² Katoğlu, Kesintisiz, s.122.

⁸³ “...Katılan ile sanığın bir süre arkadaşlık yaptıktan sonra ayrılmalarının ardından olay günü sanığın, katılanın evinin önüne giderek hakaret ve tehdit içeren sözler söyleyip kapısını tekmeleyerek ayrılmasını müteakip polise haber veren katılanın kapı önünde beklediği sırada ticari taksiyle yanına gelen sanığın, zorla taksiye bindirmeye çalıştığı katılanın direnmesi ve tanık C...’nin müdahalesinden dolayı eylemini tamamlayamadığı, katılan beyanları, tanık anlatımı, adli rapor ve tüm dosya içeriğinden anlaşıldığı halde, sanığın kasten yaralama ve kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna konu eylemlerinin bütün halinde kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçuna teşebbüs olduğu gözetilerek.” Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi, 26.4.2017, E.2014/ 12396, K.2017/2246 sayılı ilamı.

⁸⁴ “Kanun’un, bu suç tipinde aradığı diğer bir seçimlik hareket “çıkılmamak” fiilidir. Konuta, iş yerine veya eklentisine, rıza dâhilinde girildikten sonra, hak sahibinin, çıkma yönünde irade açıklamasına rağmen failin mahalden çıkmaması ile suç oluşur. Çıkmamak, mütemedî bir suç niteliğinde olduğundan, çıkmamanın konut veya iş yeri dokunulmazlığının ihlâli suçuna vücut verebilmesi için mahalde hukuka aykırı kalmanın belli bir süre devam etmesi gerekmektedir. Konut dokunulmazlığının ihlâli suçu, hak sahibinin rızası hilafına konut, iş yeri veya eklentilerine girilmesi veya rıza ile bu mahallere girildikten sonra rıza hilafına çıkılmaması ile tamamlanır. Bu suç sırf hareket suçudur. “girmek” seçimlik hareketi bakımından bu hareket parçalara ayrılabilirdiği için teşebbüs mümkün iken, “çıkılmamak” seçimlik hareketi bakımından Kanun’da çıkmamanın ne kadar sürmesi gerektiği konusunda bir açıklık bulunmadığından teşebbüs mümkün değildir. (Tezcan, Erdem, Önok, s.548) Diğer taraftan suç genel kastla işlenebilen bir suç olduğundan failde içeriye girme kastının olup olmadığına bakılması gerektiği, suç işleme kastı bulunmakla birlikte herhangi bir engel nedeniyle içeriye giremeyen hâllerde suçun teşebbüs aşamasında kalacağı da gözden uzak tutulmamalıdır.” Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 18.10.2018, 2015/332 E., 2018/451 K. sayılı ilamı

6. Kesin Hüküm ve Mahkeme Kararlarının Kesintisizliğe Etkisi

Ceza hukukunda uygulama alanı bulan *ne (non) bis in idem* ilkesine göre, aynı fiilden dolayı aynı fail hakkında iki kez kovuşturma yapılamaz ve ceza verilemez. Yine kesin hükmün önleyici etkisi olarak; fail ve fiilin aynı olması durumunda, ikinci bir kovuşturma ve ceza uygulaması yapılamaması gerekmektedir⁸⁵.

Kesin hükmün ve mahkeme kararlarının etkisi konusunda, kesintisiz suçun hukukî bir birlik veya ayrı ayrı suçlardan oluşan suçlar bütünü olarak kabul edilmesine göre; değişik görüşler ileri sürülmüştür⁸⁶. Kesintisiz suç, suç birliği olarak kabul edildiğinde; kesintisiz bir suç hakkında verilen kesin hüküm, hükümde değinilmeyen kısımlar için de geçerli olacaktır⁸⁷. Buna karşın kesintisiz suçun birden fazla bağımsız suçtan meydana geldiği kabul edildiğinde ise; hüküm hangi kısım için verilmişse, o kısım için kesin hüküm etkisi kabul edilecektir⁸⁸. Bu görüşe göre; kesintisiz suç devam ederken bu suçun bir kısmı hakkında verilmiş olan hüküm, kesintisizliği (temadîyi) kesen bir neden olarak kabul edilmelidir. Bu kesmeden sonra işlenen suç bağımsız bir suçtur, çünkü kesinti ile birlikte suç işleme kastı da yenilenmiştir⁸⁹.

Öğretide kesintisiz suç devam ederken; fail hakkında açılmış bir dava, yakalama veya tutuklama kararı söz konusu olduğunda kesintisizliğin (temadînin) ortadan kalktığı ve yeni bir suçun işlenmiş olduğu yönünde çeşitli görüşler ileri sürülmüştür⁹⁰. Benzer şekilde Yargıtay, bu tür suçlarda fail hakkında iddianame tanzimi ve dava açılmasını, kovuşturmanın başlamasını, verilen mahkûmiyet kararını, şikâyetten vazgeçme üzerine mahkemece verilen düşme kararını, af yarasını hukukî kesinti olarak değerlendirmekte, bu durumda suç kastının yenilendiğini ve

⁸⁵ Kesin hüküm hakkında bkz. Yurtcan, Erdener, Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm, 2. Bası, İstanbul, 1987, s. 3 vd.; Özgen, Eralp, Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi, Ankara, 1968, s. 4 vd.

⁸⁶ Zincirleme suçlarda bu ilkenin uygulanması ve ayrıntılı bilgi için bkz. Sancar, s. 145 vd.

⁸⁷ Önder, s. 118 vd.

⁸⁸ Bu görüşün ayrıntıları için Önder, s. 119 vd.

⁸⁹ Önder, s. 118.; Zincirleme suçlarda kesin hükmün 'aynı suç işleme kararı'nı ortadan kaldırmı nitelikte bir engel olarak kabul edilmesi ve bundan sonraki fiilin ayrı bir suç oluşturacağı yönünde bkz. İçel, s.144.

⁹⁰ Dönmezer / Erman, s. 390 vd.

bağımsız yeni bir suçun işlendiğini kabul etmektedir⁹¹. Bu konuda bir görüş, verilen beraat kararının kesintisiz devam edişi kesmeyeceğini, bir diğer görüş keseceği yönündedir. Benzer şekilde düşme kararı verilmesinin kesintisiz fiili keseceği, devam eden fiil için yeni bir şikâyet hakkının dirileceği ileri sürülmüştür⁹². Mahkûmiyet kararı verilmesi durumunda temadinin kesileceği genel olarak kabul görmekle birlikte bu kesintinin ilk derece mahkemesince verilen kararlar mı yoksa bu kararın kesinleşmesi ile birlikte mi kesileceği konusu tartışmalıdır. Bir görüş, kesilmenin kararlar gerçekleştiğini, ancak bozma üzerine fiilin sübutu ortadan kalkarsa kesilmeden bahsedilemeyeceğini ifade etmektedir. Hükmün konusunun iddianamede gösterilen fiil olduğu yönündeki ilke de bu görüşün isabetli olduğunu ortaya koymakta olup kesintisiz devam edişin iddianame ile değil ilk derece mahkemesinin kararı ile kesinleşeceği sonucunu ortaya çıkarmaktadır⁹³.

7. İsnat Yeteneği ve Af

Anlama ve isteme yeteneği olarak ifade edilen isnat yeteneği, failin doğruyu yanlıştan, haklıyı haksızdan ayırabilme ve buna göre davranabilme yeteneğine sahip olması olarak tanımlanmaktadır. TCK'da isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenler, yaş

⁹¹ Yargıtay "Nitekim Ceza Genel Kurulu 18.09.2012 gün ve 303-296 ile 12.03.1996 gün ve 24-34 sayılı kararlarında; "...mahkûmiyet hükmü, şikâyetten vazgeçme üzerine verilen düşme kararı ve af yasasında olduğu gibi iddianamenin düzenlenmesi de hukuki kesinti oluşturmaktadır. Mütemedî suçlarda hukuki kesintiden sonra fiile devam edilmesi, müteselsil suçlarda ise fiilin tekrarlanması yeni ve müstakil bir suç oluşturmaktadır", 11.03.2003 gün ve 325-28 sayılı kararında; "iddianame düzenlenmesiyle hukuki kesinti husule geldikten sonraki zapt ve tasarruf eylemleri ayrı bir suç oluşturur", 05.02.2002 gün ve 28-179 sayılı kararında; "iddianameyle dava açılması gibi suçta hukuki kesinti husule gelmesi halinde ayrı bağımsız suçlar oluşur", 03.02.1998 gün ve 306-2 sayılı kararında; "iddianamenin düzenlenmesi suçta hukuki kesinti meydana getirir. Mütemedî suçlarda hukuki kesintiden sonra eyleme devam edilmesi yeni ve müstakil bir suç oluşturduğundan bu konuda ayrıca bir dava açılması zorunludur" sonucuna ulaşmıştır." şeklinde karar vermiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.05.2014, 2013/465 E., 2014/276 K.; 12.03.1996, E. 1996-6-24, K. 1996-34. Yargıtay konuya ilişkin bir başka kararında, meraya tecavüz suçunda idarece verilen men kararının kesinti oluşturacağına karar vermiştir. "Meraya tecavüz suçundan sanık A.....Her ne kadar sanığın, tecavüzünün devam ettiği sabit olsa da men kararının infazından önceki suçun temadisinin devam ettiği söylenemeyecektir. Çünkü infazla, tecavüz ve dolayısıyla ilk suç bakımından temadîye son verilmiş olacaktır. Bu tarihten sonraki tecavüzden ise ayrı bir mütemedî suç vücuda gelecektir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.12.2006, 2006/8-310 E., 2006/305 K sayılı ilamı.

⁹² Katoğlu, Kesintisiz, s.188-189.

⁹³ Katoğlu, Kesintisiz, s.188 vd.

küçüklüğü, akıl hastalığı, sağır ve dilsizlik, arızı nedenler olarak düzenlenmiştir. Kesintisiz suç devam ederken isnat yeteneğini kaldıran ve azaltan nedenlerin bulunması durumunda cezai sorumluluk konusunda değişik görüşler ileri sürülmüştür. Kural olarak fail, kesintisizliğin sonunda isnat yeteneğini kaybetmişse ceza uygulanması söz konusu olmayacağı söylenebilir. Eğer kesintisizliğin bir aşamasında isnat yeteneği yoksa bir görüş isnat yeteneğinin tam olan kısım eriyeceğini ve ceza verilmeyeceğini, diğer görüş son duruma bakılmasını ve son durum itibariyle yeterli bir süre isnat yeteneği mevcutsa ceza verilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin 12 yaşını bitirmeden suçun icrasına başlayan ve yaşını ikmal eden fail son durum itibariyle isnat yeteneğini haiz olduğundan eyleminden sorumlu olmaya başlayacaktır⁹⁴. Bu durum kıyasen isnat yeteneğini kaldıran veya azaltan akıl hastalığı için de uygulanabilir.

Kesintisiz suç açısından tartışılan bir diğer konu af kanununun kesintiye etkisidir. Bir görüş çıkan af kanununun kesintisiz suç geleceğe etkili olarak ortadan kaldıracığını, bir başka görüş af kanunun kesintisizliğin devam etmesi nedeniyle suçun varlığına etki etmeyeceğini, son bir görüş suç ortada çıkarıldığı ana kadar olana fiili kapsayacağını ve kesinti oluşacağını, şartları varsa bundan sonraki fiilin ayrıca cezalandırılacağını kabul etmektedir⁹⁵. Kanaatimizce af kanununun niteliği gereği çıktığı tarihe kadar olan kesintisiz suç ortadan kaldırdığını, kalan kısım unsurları itibariyle suç teşkil eden bir kesintisizliği devam ettiriyorsa bu kısmın cezalandırılabileceğini kabul etmek gerekir⁹⁶.

SONUÇ

Ceza hukukunun diğer kavramları gibi, kesintisiz suç, üzerinde çeşitli tartışma ve değişik görüşlerin bulunduğu bir kavramdır. Mevzuatımızda kesintisiz suç kavramının kanuni bir tanımı mevcut değildir. Öğreti ve uygulamada bu tür suçlar, hareketin ve onun eseri olan hukuka aykırı durumun (ihlâlin) veya sonucun birden sona ermeyip, zaman içinde devam etmesi ve bu devamlılığın failin iradi davranışına bağlı olması şeklinde tanımlanmaktadır.

⁹⁴ Katoğlu, Kesintisiz, s.106.

⁹⁵ Bu görüşler için bkz. Katoğlu, Kesintisiz, s.143 vd.

⁹⁶ Katoğlu, Kesintisiz, s.151.

Kesintisiz suçun hukukî niteliğini açıklamak birçok görüş ileri sürülmüştür. Bu suçun kısım kısım gerçekleştirilen farklı fiillerin birleştiği gerçek bir birlik olduğu yanında, ayrı fiillerin kanun gereği farazi bir birlik oluşturduğu dile getirilmiştir. Bu tür görüşlerin dışında, bu suçun içeriğini açıklamak için de hakkın ihlâli, hakka baskı ve kuralcı teori gibi değişik fikirler ileri sürülmüştür. Bu farklı görüşlerin hepsinden çıkarılacak ortak sonuç, bu suçlarda kesilmeyen (temadî eden) bir hareket(davranış) veya ihlâlin (sonucun) failin iradesinden ileri gelmesi gerektiğidir. Burada kesintisizliğe (temadîye) son verme irade ve iktidarının maddî değil, hukukî bir iktidar olduğu söylenebilir.

Kesintisiz suç ile zincirleme suç gerek öğretide gerekse uygulamada, genellikle ortak hükümlere bağlı bulunmalarından ve sahip buldukları devamlılık unsurundan dolayı en çok karıştırılan kavramlar arasındadır. Bu suçlar arasındaki en önemli fark; kesintisiz suçta hareketin(davranış) veya sonucun kesilmeden devam etmesine karşın, zincirleme suçta, ilk hareket ve sonucun gerçekleşmesinden sonra, ikinci veya daha sonraki sonuçların gerçekleşmesi, dolayısıyla kesintisiz suçta aynı ve tek ihlâlin (sonucun) devamlılık göstermesine karşın, zincirleme suçta gerçekleşen ihlâlin (sonucun) birden çok olması, yani birden çok suçun söz konusu olmasıdır.

Kesintisiz suçun niteliğine göre, değişik görüş ve ihtimaller ileri sürülmüş ise de, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 12. maddesi, *"...kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği yer mahkemesi yetkilidir..."* hükmüyle, zincirleme ve kesintisiz suçlar açısından hangi mahkemenin yetkili olacağını özel olarak göstermiştir. Benzer şekilde, dava zamanaşımının belirlenmesi konusunda Türk Ceza Kanunu'nun 66. maddesinde *"...kesintisiz suçlarda kesintinin gerçekleştiği ve zincirleme suçlarda son suçun işlendiği günden...itibaren işlemeye başlar..."* hükmü ile, zamanaşımının; kesintinin yanî temadînin sona erdiği andan itibaren başlayacağını kabul edilmiştir.

Çalışmada ayrıntılı olarak açıklanan ve kesintisiz suçlar açısından özellik gösteren şikâyet, iştirak, teşebbüs, isnat yeteneği ve af ile ilgili tartışmalar genellikle bu suçun icrasına ve tamamlanmasına yönelik görüşlerin farklı olmasına göre şekillenmektedir.

KAYNAKÇA

- Alacakaptan, Uğur, *Suçun Unsurları*, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, Ankara, 1970.
- Bamyacıoğlu, Nazmi, “Ceza Mevzuatımızda İtiyat ve İptila”, *ABD*, 1958, S.1, s. 20 vd.
- Demirbaş, Timur, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 9.Bası, Ankara, 2013.
- Dönmezer, Sulhi / Erman, Sahir, *Nazarî ve Tatbikî Ceza Hukuku*, C. I, 14. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 1997.
- Erem, Faruk / Çalışkan, Ahmet / Artuk, Mehmet Emin, *Ceza Hukuku Genel Hükümler*, 14. Bası, Ankara, Seçkin Yayınevi, 199.
- Erem, Faruk, “Suça İştirak”, *A.Ü. H. F.D.*, 1946, S. I, s. 77 vd.
- Gölcüklü, Feyyaz, *Ceza Hukuku Ders Notları*, Ankara, 1985.
- Günay, Erhan, *Dava ve Ceza Zamanaşımı, Memnu Hakların İadesi, Adli Sicil Kayıtlarının Silinmesi*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1998.
- İçel, Kayıhan / Akıncı Sokullu, Füsun, *Suç Teorisi*, 2. Kitap. 2. Bası, İstanbul, Beta Yayınevi, 2000.
- İçel, Kayıhan, *Suçların İctimai*, İstanbul, 1972.
- Katoğlu, Tuğrul, *Kesintisiz Suç (Mütemadi Suç)*, Seçkin Yayınları, 2022.(Kesintisiz)
- Katoğlu, Tuğrul, *Ceza Kanunlarının Zaman Bakımından Uygulanması*, Seçkin Yayınları, 2008. (Zaman Bakımından Uygulanması)
- Koca, Mahmut / Üzülmöz, İlhan, *Türk Ceza Genel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2019.
- Kunter, Nurullah / Yenisey, Feridun, *Muhakeme Hukuku Dalı Olarak Ceza Muhakemesi Hukuku*, Birinci Kitap, 12. Bası, İstanbul, 2002.
- Kunter, Nurullah, “Fikrî İctima Sebebiyle Suçların Birleştirilmesi”, *İ.Ü. H. F. M.*, C. XIV-XV, S. 1-2, s. 375 vd.
- Kunter, Nurullah, *Suçun Maddî Unsurları Nazarîyesi*, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları, İstanbul, 1954.
- Malkoç, İsmail / Güler Mahmut, *Uygulamada Türk Ceza Kanunu, Genel Hükümler*, C. I, Adil Yayınevi, Ankara, 1996.
- Önder, Ayhan, “Mütemadi Suç”, *İ.Ü. H. F. M.*, C. XXIX, 1963, S. 1-2, s. 79 vd.
- Özbek, Veli Özer / Doğan, Koray / Bacaksız, Pınar, *Ceza Genel Hukuku Temel Bilgiler*, Seçkin Yayınları, 2019.
- Özgen, Eralp, *Ceza Muhakemesinin Yenilenmesi*, Ankara, 1968.
- Özgenç, İzzet / Üzülmöz, İlhan, *Ceza Genel Hukuku*, Seçkin Yayınları, 2019.
- Özgenç, İzzet, *Türk Ceza Hukuku, Genel Hükümler*, 4. Bası, Ankara, 2009.
- Sancar, Türkan Yalçın, *Müteselsil Suç*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 1995.

- Şare Ersin, “Türk Ceza Hukukunda Suça Teşebbüs”, *TBB Dergisi*, 2017, s.149 vd.
- Taner, Mahir, *Ceza Hukuku, Umumî Kısım*, 3. Bası, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 1953.
- Toroslu Nevzat, *Ceza Hukuk Genel Kısım*, Savaş Yayınevi, Ankara, 2012.
- Tosun, Öztekin, *Türk Suç Muhakemesi Hukuku Dersleri*, C. I, 2. Bası, İstanbul, 1976.
- Yurtcan, Erdener, *Ceza Yargılamasında Kesin Hüküm*, 2. Bası, İstanbul, 1987.
- Yurtcan, Erdener, *Cumhuriyet Savcısının ve Ceza Yargıcının Başvuru Kitabı*, 4. Bası, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005.

ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SAVCILIĞININ GÖREV VE YETKİLERİ

İlhan BULUT¹

Öz

Roma Statüsü ile kurulan Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) 2002 yılında ilk daimi uluslararası ceza mahkemesi olarak göreve başlamıştır. UCM savcılığı, mahkemenin en önemli organlarından biridir. Savcılığın sahip olduğu yetkiler kuruluş sürecinde en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. Sonuç olarak devletler hassas bir kontrol ve denge üzerine kurulan bir soruşturma mekanizması üzerinde anlaşmışlardır. Fakat bu mekanizmasının getirdiği sınırlamalar nedeniyle UCM savcısının bağımsızlığı ve etkinliği konusunda önemli sorunlar bulunmaktadır.

UCM Savcılık Ofisi'nin görev ve yetkileri Roma Statüsü'nün 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin ilk fıkrasında Savcılık Ofisi'nin bağımsızlığı vurgulanmaktadır. Bu bağımsızlık hem Mahkeme dışı kaynaklara hem de Mahkeme'nin diğer organlarına karşı olmalıdır.

UCM savcısının en önemli görevi soruşturma aşamasında ortaya çıkmaktadır. Bu aşamada savcı önce bir ön soruşturma yapacaktır. Savcı elindeki verilerin söz konusu fiiller hakkında soruşturma açılmasına “*makul bir temel*” oluşturacak ciddilikte olduğuna karar verirse soruşturma açmak için Ön Yargılama Dairesinden izin almak zorundadır (resen başlatılan soruşturmalar için). UCM savcısı şüphelinin suçu işlediğine ilişkin makul nedenlerin olduğuna karar verirse Ön Yargılama Daire'sinden tutuklama emri veya celpname çıkarılmasını talep edecektir. Şüpheli duruşma için hazır edildikten sonra Ön Yargılama Dairesi bir duruşma yaparak suçlamalar hakkında bir karar verecektir.

Savcılık ayrıca yargılama aşamasında iddia makamı olarak görev yapar ve hüküm kurulduktan sonra hükmü temyiz etme hakkına sahiptir.

UCM savcılığı tarafından bir fiilin soruşturulabilmesi için “*tetikleme mekanizması*” tarafından harekete geçirilmesi gerekmektedir. Bu mekanizma; bir taraf devletin başvurusuyla, BM Güvenlik Konseyi'nin başvurusuyla veya savcının resen soruşturma kararı alması ile harekete geçebilir.

UCM savcısı bir olay ile ilgili ilk incelemesinde iddia edilen suçların özellikle yer, zaman, kişi ve konu bakımından Mahkeme'nin yargılama

¹ Dr. Öğretim Üyesi, Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, ibulut@ybu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1246-7137.

yetkisine girip girmediğini tespit etmek zorundadır. UCM savcısı ayrıca iddia edilen suçlar hakkında kabul edilebilirlik şartları ve “*tamamlayıcılık kuralı*” açısından değerlendirme yapmak zorundadır.

Temel özellikleri belirtilen UCM Savcısının yetki ve görevleri çok hassas bir mekanizma çerçevesinde belirlenmiştir. Bu mekanizma çeşitli durumlarda UCM savcısının görevini etkin bir şekilde yürütmesine de engel teşkil edebilecektir. Bunun yanında şüphelilerin yakalanması ve tutuklanması konusunda uygulamada önemli sorunlar yaşanmaktadır. UCM savcılığı ile ilgili en tartışmalı konulardan biri de savcının hangi vakaları veya kişileri soruşturacağı noktasında sahip olduğu takdir yetkisidir.

Bu bildiri de bu kurum ile ilgili teorik bilgiler ve temel tartışmalar verilecek ve somut örnekler çerçevesinde uygulamadaki duruma değinilecektir.

Anahtar Kelimeler: Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi, uluslararası ceza hukuku, Roma Statüsü, Uluslararası Ceza Mahkemesi savcısı, Ön Yargılama Dairesi.

THE POWER AND DUTIES OF INTERNATIONAL CRIMINAL COURT PROSECUTION OFFICE

Abstract

International Criminal Court (ICC) established by Roma Statute started to work in 2002 as the first permanent international criminal court. The Prosecutor Office of ICC is one of the most important organs of the Court. The powers of the Prosecutor's office have been one of the most controversial issues in the establishment process. Eventually, states have agreed on a mechanism established on a sensitive check and balances system of investigation. However, due to the limitations imposed by this mechanism. there are significant problems with the independence and effectiveness of the ICC Prosecutor.

The power and duties of the ICC Prosecution Office are regulated in article 42 of the Rome Statutes. In the first paragraph of this article, the independence of the Prosecution Office is emphasized. This independence must be against both non-Court sources and other organs of the Court.

The most important duty of the ICC prosecutor arises during the investigation phase. At this stage, the prosecutor will conduct a preliminary investigation first. If the prosecutor concludes that the information he or she has is serious enough to provide a "reasonable basis" for an investigation, he must seek permission from the Pre-Trial Chamber to open an investigation (for the investigations initiated *proprio motu*). If the evidence establishes reasonable grounds to believe a person is responsible for a crime, the ICC Prosecutor will request the Pre-Trial Chamber to issue a summons or arrest warrant. Once the suspect is ready

for trial, the Pre-trial Chamber will hold a hearing and make a decision on the charges.

The prosecutor also fulfils the duty of the prosecution during the trial phase and has the right to appeal the verdict of the Court.

In order to investigate an act, the ICC Prosecutor's Office must be activated by the "trigger mechanism". This mechanism can be activated by a referral of a state party, by UN Security Council or by the ICC Prosecutor *proprio motu*.

In its initial investigation of an incident, the ICC prosecutor must determine whether the alleged crimes fall under the jurisdiction of the Court, especially in terms of temporal, territorial, personal and subject matter. Additionally, the ICC prosecutor has to assess the alleged crimes in terms of admissibility and "*complementary rule*".

The powers and duties of the ICC Prosecutor are determined within the framework of a very sensitive mechanism. This mechanism may also prevent the ICC prosecutor from carrying out his duties effectively in various situations. Additionally, there are serious problems in practice with the arrest of the suspects. One of the most controversial issues with the ICC prosecutor is the discretion of the prosecutor to decide which cases or persons to investigate.

In this paper, theoretical information and basic discussions about this institution will be given and the situation in practice will be discussed within the framework of concrete cases.

Keywords: The Permanent International Criminal Court, international criminal law, Rome Statute, International Criminal Court prosecutor, Pre-Trial Chamber.

GİRİŞ

20. yüzyılda meydana gelen iki dünya savaşında ölen yüz milyondan fazla insanın yanında, yüzyılın başından sonuna kadar dünyanın hemen her tarafında cereyan eden savaşlar, iç çatışmalar, kitlesel kıyımlar, kanlı temizlik hareketleri, tecavüz, sürgün ve maddi tahribatlar tarifi kabil olmayan acıların yaşanmasına neden olmuştur.

Meydana gelen insanlık dışı saldırıları ve çatışmaları önlemek ve bunların faillerini yargılamak amacıyla uluslararası toplumun hemen hemen bütün üyeleri, 1998 yılında Birleşmiş Milletler'in (BM) ev sahipliğinde, Roma'da bir araya gelerek daimi bir Uluslararası Ceza Mahkemesi (UCM) kurulması konusunda mutabık kalmışlardır.

Bu çalışmada eksikliklerine rağmen uluslararası toplumun en büyük başarılarından biri olan UCM'nin savcılık kurumunun görev ve yetkileri incelenecektir. Ayrıca UCM savcılığının görev ve yetkileri konusunda yapılan tartışmalar, Roma Statüsü çerçevesinde Savcılığın sahip olduğu görev ve yetkiler ile maruz kaldığı kısıtlamalar ve uygulamada karşılaşılan veya karşılaşılabilecek güçlükler ifade edilmeye çalışılmıştır. Zira etkin ve işlevsel bir savcılık kurumunun varlığı, UCM'nin amacı olan uluslararası barışın ve güvenliğin korunması ve bu doğrultuda suç işleyen kişilerin cezalandırılması açısından büyük önem taşımaktadır.

I. DAİMİ ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ

A. Mahkeme'nin Kuruluş Süreci

Daimi bir uluslararası ceza mahkemesinin kurulması 1. Dünya Savaşı'nın bitiminden beri gündem olan bir meseledir. Oldukça yavaş ve meşakkatli bir süreçten sonra bu amaca nihai olarak ulaşılmıştır².

UCM Statüsü 1998'de Roma'da Tam Yetkili Diplomatik Temsilciler Konferansı'nda görüşülerek kabul edilmiştir. 1 Temmuz 2002

² Bassiouni, M. Cherif/ William A. Schabas. *The Legislative History of the International Criminal Court*, Vol. 1, 2. edition. Brill, 2016, s. 47.

tarihinde tarihin ilk daimi ve evrensel yargılama yetkisine sahip uluslararası ceza mahkemesi resmen göreve başlamış oldu³.

B. Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin Yapısı

Daimi Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin merkezi Hollanda, La Haye'de bulunmaktadır. Mahkeme'de taraf devletler tarafından dokuz yıllığına ve tek seferliğine seçilen 18 hâkim bulunmaktadır. Bütün hâkimlerin ya ceza ve ceza usul hukukunda ya da uluslararası insan hakları hukukunda geniş deneyime sahip olması gerekir⁴.

Uluslararası Ceza Mahkemesi; Ön İnceleme Dairesi, Yargılama Dairesi ve İstinaf Dairesi olmak üzere toplam üç daireden oluşmaktadır. Savcılık ofisi ise ayrı bir organdır. Savcının da ceza davalarında soruşturma ve kovuşturma konusunda geniş bir deneyime sahip olması gerekir. Savcı da hâkimler gibi Taraf Devletler Asamblesi⁵ tarafından tek seferliğine 9 yıl için seçilmektedir⁶.

Mahkemenin kendisine ait bir kolluk gücü ve infaz kurumu bulunmamaktadır. Bu noktada Mahkeme tamamen Statü'ye taraf devletlerin işbirliği ve dayanışmasına bağlı bulunmaktadır. Taraf devletler de Statü'yü onaylamakla bu işbirliği ve dayanışmayı taahhüt etmiş sayılmaktadırlar⁷.

C. Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargılama Yetkisi

UCM'nin kuruluşundan sonra uluslararası nitelikteki bütün ağır suçların artık bu mahkemede yargılanacağı gibi bir düşünce olsa da Mahkeme'nin yetkisi yalnızca dört uluslararası suçla

³ Ulusoy, Orçun. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2008, s. 8.

⁴ Aust, Anthon. *Handbook of International Law*, 2. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010, s. 258.

⁵ Taraf Devletler Asamblesi, Mahkeme'nin bir parçası olmamakla birlikte aynı şekilde Roma Statüsü ile kurulmuştur ve Mahkemenin idari denetimini yapmakta ve bir anlamda yasamı organı gibi hareket etmektedir. Taraf devletlerin temsilcilerinden oluşan Asamble'nin başlıca görevi yargıçların, savcının ve savcı yardımcılarının seçimini yapmaktır. Ulusoy, s. 42.

⁶ Ulusoy, s. 42.

⁷ Roma Statüsü Bölüm 9. Roma Statüsü orijinal metni için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%2006-33%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf (Erişim Tarihi: 12.05.2022)

sınırlandırılmıştır. Bu suçlar soykırım suçu, insanlığa karşı suçlar, savaş suçları ve saldırı suçudur (Roma Statüsü m. 5).

Bu suçların tanımı içine giren filler, Statü'nün 6. 7. ve 8. maddelerinde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu suçların tanımı içine girmeyen bir fiilin çok ağır neticeleri olması durumunda dahi mahkeme tarafından yargılanma ihtimali bulunmamaktadır. UCM savcısı soruşturmaya başlamadan önce bir fiilin yukarıdaki suç tanımlarına girdiğini düşünüyorsa bir sonraki aşama olarak “tamamlayıcılık kuralı” (complementarity rule) açısından değerlendirme yapmak zorundadır⁸.

Bazı durumlarda yerel mahkemeler o suçu kovuşturmaya istekli olmayabilir⁹ veya yargılamalar göstermelik olabilir. Bir başka olasılık da çatışmalar nedeniyle ülkedeki yargılama sisteminin çökmüş olması veya ciddi zaafiyet içinde bulunmasıdır¹⁰. Bu durumda UCM savcısı tamamlayıcılık ilkesinin gereğinin gerçekleştiğini düşünerek soruşturma başlatabilir.

UCM'nin zaman bakımından yargılama yetkisi (*ratione temporis*) ise Roma Statüsü m. 11/1' de belirtildiği üzere Statü'nün yürürlüğe girdiği 1 Temmuz 2002 tarihinden itibaren başlamaktadır. Yani bu tarihten önce işlenmiş suçların mahkeme tarafında yargılanma ihtimali bulunmamaktadır.

Roma Statüsü m. 11/2'de ise Statü'ye yürürlüğe girdikten sonra taraf olan ülkelerin durumu düzenlenmektedir. Buna göre 1

⁸ Tamamlayıcılık kuralı gereği temel olarak UCM, uluslararası bir suçu yargılamaya yetkili bir yerel bir mahkeme, o suçu yargılamazsa veya yargılayamazsa ancak o suçu ele almaya yetkili olur. Yani UCM, yukarıda zikrettiğimiz dört suç içinde yer alsa dahi eğer yerel mahkemeler o suçu etkili bir şekilde yargılıyorsa, arka planda durmak zorundadır. Aust, s. 259.

⁹ Bu konuda UCM savcısı Luis Moreno Ocampo'nun emsal bir uygulaması bulunmaktadır. Darfur, Sudan dosyasında uluslararası suç işlediği iddia edilen bazı milis liderleri yerel mahkemeler tarafından 60 koyunun öldürülmesinden ve silahlı soygundan yargılanmıştır. Bunun göstermelik ve asıl suçları örtmeye dayalı bir girişim olduğu düşünüldükçe savcı Ocampo tarafından olayın UCM'nin yargı yetkisinde olduğu ifade edilerek soruşturma başlatılmıştır. Ulusoy, s.24.

¹⁰ Yerel mahkemelerin suçu kovuşturmaya istekli fakat etkili bir yargılama kabiliyetinden uzak olması durumu da bulunmaktadır. Buna da Orta Afrika Cumhuriyeti (OAC) örneğini verebiliriz. OAC, ülkesinde işlenen bazı savaş suçlarının soruşturulması için UCM'ye başvurmuştur. UCM savcısı ise soruşturmaya başlamak yerine OAC Yüksek Ceza Mahkemesi'nin ilgili olay hakkında yaptığı yargılamayı beklemeye karar vermiştir. Yüksek mahkeme olayların OAC'de etkili soruşturulamayacağı kararı verdikten sonra UCM savcısı olayla ilgili soruşturmaya başlamıştır. Ulusoy, s. 24.

Temmuz 2002 tarihinden sonra Statü'ye taraf olan ülkeler için kendileri bir deklarasyon yayınlayarak geçmişe dönük Mahkeme'nin (en fazla 1 Temmuz 2002'ye kadar) yargılama yetkisini kabul ettiğini belirtmezse, Mahkeme'nin kendi toprakları ve vatandaşları üzerindeki yargılama yetkisi taraf olduğu andan itibaren başlamaktadır¹¹.

Mahkemenin yer bakımından yargılama yetkisi (*ratione loci*) Roma Statüsü'nün 12. maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre UCM kural olarak Statü'ye taraf olan devletlerin topraklarında işlenen suçlar için yetkilidir¹². Bu noktada “*toprak*” teriminin o ülkeye ait sicillerde kayıtlı gemi ve uçakları kapsadığını da belirtmek gerekir¹³. Açık denizlerde işlenen suçlar bakımından ise Mahkeme'nin kişi bakımından yargı yetkisi göz önüne alınacaktır. UCM'nin yargı yetkisi kural olarak taraf devletlerinin toprakları ile sınırlı olsa da bunun bir istisnası mevcuttur. Bu istisna Roma Statüsü'nün 13/b maddesinde düzenlenmiştir. Buna göre BM Güvenlik Konseyi, BM Sözleşmesi'nin 7. Bölümü'ne¹⁴ dayanarak UCM savcısından soruşturma açmasını isteyebilir.

Kişi bakımından yetki (*raitone personae*) durumunda ise öncelikle ifade edilmesi gereken konu, UCM'nin Uluslararası Adalet Divanı veya Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin aksine sadece gerçek kişileri yargılayabileceğidir¹⁵. UCM'nin yargı yetkisi 18 yaşından küçük olmamak şartıyla taraf devletlerin vatandaşlarını ve taraf devletlerin topraklarında suç işleyen taraf olmayan devletlerin vatandaşlarını kapsamaktadır¹⁶.

¹¹ Heller, Kevin Jon/Dubber, Markus. *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford Law Book, Stanford, 2011, s. 596.

¹² Nitekim UCM savcılığı Amerikan askeri birliklerinin 2003 yılından beri Afganistan'dan savaş suçları işlendiği iddiasıyla ön soruşturma yapmış ve bu soruşturma neticesinde Amerikan birlikleri tarafından işlendiği iddia edilen savaş ve insanlığa karşı suçlar ile ilgili 2017 yılında soruşturma yetkisi talep etmiştir. Tombul, Didem. “Roma Statü'sünün 20. Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, Sayı 4, Yıl: 2018, s. 129-168, s. 163-164.

¹³ Heller/Dubber, s. 596-597.

¹⁴ Bu bölüm “*barışın bozulması tehdidi ve saldırı eylemi durumunda alınacak önlemleri*” düzenlemektedir.

¹⁵ Heller/Dubber, s. 596.

¹⁶ Ulusoy, s.26.

D. Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin İşleyişi

Bir fiilin UCM'de yargılanabilmesi için yukarıda gösterilen yetki şartlarının sağlanmasının yanında Roma Statüsü'nde gösterilen ve uluslararası dengelerin korunmasını ve suçların cezalandırılmasını aynı anda sağlayabilmek amacıyla kurulmuş hassas ve karmaşık bir “tetikleme mekanizması” tarafından harekete geçirilmesi gerekmektedir¹⁷. Bu mekanizmanın temel parametreleri, ülkelerin ulusal egemenliklerine mümkün olduğunca müdahale etmemek, BM Güvenlik Konseyi'nin uluslararası barışı korumak adına üstlendiği sorumlulukları göz önünde bulundurmamak¹⁸ ve uluslararası suçların UCM savcısı tarafından etkin bir şekilde soruşturulmasını sağlamak olarak gösterilebilir¹⁹.

UCM'nin yargılama sürecini tetikleyecek yollar yukarıda saydığımız parametrelere çerçevesinde²⁰; a) iddia edilen suçla ilgili olarak bir taraf devletin başvuruda bulunması, b) BM Güvenlik Konseyi'nin BM Sözleşmesi 7. bölüm altında savcıya soruşturma için başvuru kararı alması, c) savcının çeşitli kaynaklardan elde ettiği bilgilere dayanarak re'sen soruşturma kararı alması, şeklinde ifade edilebilir.

Bu noktada (a) ve (c) maddelerinde ifade edilen durumlar ancak taraf devletlerin ülkesinde işlenen ilgili suçlar için işletilebilecekken, (b) maddesinde Güvenlik Konseyi'nin talep etmesi durumunda taraf olsun olmasın dünyanın herhangi bir yerinde meydana gelen bir suç UCM'bin yargı yetkisi dahilinde olması şartıyla soruşturulabilecektir. Bu da teorik olarak UCM'ye evrensel bir yargı yetkisinin yolunu açmaktadır²¹.

¹⁷ Brubacher, Matthew R. “Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court”, *Journal of International Criminal Justice*, V. 2, I.1, Y.2004, p.71-95, s. 72.

¹⁸ UCM'nin Güvenlik Konseyi'nin güdümünde bulunması baştan beri ABD'nin en büyük isteği olmuştur. Kuruluş sürecinde bu isteği doğrultusunda bir yapının oluşacağı ümidiyle UCM fikrine destek veren ABD, daha sonra bağımsız ve Güvenlik Konseyi'nin güdümünde olmayan bir yapı şekillenince UCM'ye şiddetle muhalefet etmeye başlamıştır. Bunun altında yatan temel neden bağımsız bir savcının dünyanın pek çok sıcak bölgesinde operasyonel birlikleri olan ABD'nin sivil ve askeri personelinin UCM tarafından yargılanma ihtimalidir. Bu konuda tartışmalar için bkz. Aksar, Yusuf, “Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri”, *AÜHF Dergisi*, C. 52. S. 2. Y. 2003, s125-139, s. 132-135.

¹⁹ Bassiouni/Schabas, s. 139-141.

²⁰ Roma Statüsü m. 13.

²¹ Aust, s. 259.

UCM savcısı soruşturma açma, tutuklama, celpname çıkarma gibi pek çok durumda Ön İnceleme Dairesi'nden izin almak zorundadır²².

Bu şekilde ortak olarak yürütülen soruşturma evresinde kovuşturma kararı alınır savcı tarafından hazırlanan iddianame yine Ön İnceleme Dairesi'ne sunulur ve kabul edilmesi halinde dava açılmış olur. Açılan bir dava Yargılama Dairesine gönderilir. Yargılama Dairesi'nde sanığın suçlu bulunması halinde ceza verme işlemine geçilir. Statüde öngörülen en ağır ceza 30 yıl hapis cezasıdır. İdam cezası Statü'de kabul edilmemiştir. Mahkeme hapis cezası dışında mağdurlara tazminat ödenmesine veya para cezasına hükmedebilir²³.

Yargılamanın ardından verilen karar savcı veya sanık tarafından kanun yoluna götürülebilir. Bu durumda dava İstinaf Dairesi'nin²⁴ önüne gelir. İstinaf dairesi verilen kararı usul ve esastan inceler. Bu inceleme neticesinde İstinaf Dairesi, verilen kararı onayabilir, değiştirebilir veya farklı bir Yargılama Dairesi önünde yeniden yargılanmasına karar verebilir²⁵. Roma Statüsü'nde yargılamanın yenilenmesi yolu da düzenlenmiştir. Buna göre yeni delillerin bulunması, karara esas teşkil eden delillerin sahte, yanlış veya değiştirilmiş olmasının anlaşılması ve kararı alan yargıçların biri veya daha fazlasının ciddi ihmalinin olması veya yanlışlık yapması durumunda mahkûm olmuş olan sanık veya savcı tarafından İstinaf Dairesi'ne yargılanmanın yenilenmesi için başvurulabilir. İstinaf Dairesi yapacağı inceleme neticesinde talebi haklı görürse yeniden yargılama için bir Yargılama Dairesi'ni görevlendirebilir veya olayı kendisi ele alabilir²⁶.

²² Roma Statüsü m. 15/3.

²³ Ulusoy, s. 35. UCM yargılamalarının oldukça pahalı olması nedeniyle, süreci kısaltmak ve daha çok kişinin yargılanmasını sağlamak adına uzlaşmacı ve onarıcı cezalandırma alternatifinin düşünülmesi gerektiği konusunda bakınız: Combs, Nancy Amoury. *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, 2007.

²⁴ Bu daire, kararı bozma veya onama dışında kendisi de esastan ele alıp yeniden yargılayabileceği için "temyiz dairesi" değil "istinaf dairesi" denmiştir.

²⁵ Heller/Dubber, s. 600.

²⁶ Ulusoy, s. 35.

II. ULUSLARARASI CEZA MAHKEMESİ SAVCISI

Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin en önemli organlarından biri Savcılık Ofisi'dir. İddia makamı olarak soruşturma ve kovuşturmayı üstlenen savcının çeşitli odakların etkisinden bağımsız hareket edebilmesi²⁷ ve delillerin etkin bir şekilde toplanması için gereken işbirliği ve yardımlaşmanın taraf devletlerce yerine getirilmesi oldukça önem taşımaktadır.

UCM savcısı dokuz yıllığına Taraf Devletler Asamblesi tarafından seçilir. Bir kez görev yapan savcı bir daha seçilemez. Seçilen savcının alanında geniş deneyime sahip olması gerekir. UCM Savcılık Ofisi'nin görev ve yetkileri Roma Statüsü'nün 42. maddesinde düzenlenmiştir. Bu maddenin özellikle ilk fıkrasında; Savcılık Ofisi'nin dışarıdan hiçbir emir ve talimat kabul etmediği ve Mahkeme'nin ayrı bir organı olduğu ifade edilmiş ve bağımsızlığı vurgulanmıştır. Bu bağımsızlık hem Mahkeme dışı kaynaklara hem de Mahkeme'nin diğer organlarına karşı olmalıdır. Roma Statüsü hazırlanırken genel olarak dünyanın başlıca hukuk sistemlerinin en iyi tarafları UCM'nin yapısında bir araya getirilmeye çalışılmıştır. Bu anlamda UCM savcısının yetki ve görevleri belirlenirken Kıta Avrupası ve Anglo-Amerikan sistemlerinden etkilenildiği açıkça görülmektedir²⁸.

UCM Savcılık Ofisi'nin görevleri üç ana başlıkta toplanabilir. Bunlar: özellikle soruşturma evresinde dosyalarla ilgili bilgi, belge ve delil toplanmasını kapsayan araştırma görevi, dosyaların yargı aşamasına intikali ile başlayan kovuşturma görevi ve bu görevlerin yürütülmesi esnasında ihtiyaç duyulan yetki ve işbirliği görevi olarak sıralanabilir.

Roma Statüsü'nde savcının sahip olduğu yetki ve görevler 53. ve 54. maddelerde ayrıntılı olarak düzenlenmiştir. Bu maddelerde soruşturmanın başlaması ve devam etmesi için savcının yapması gerekenler ile mağdurlara, sanıklara ve Mahkeme'ye karşı olan yükümlülükleri düzenlenmiştir. Fakat Statü'de savcılık ile ilgili olan hükümler bunlardan ibaret değildir. Çünkü sahip olduğu güçlü yetkiler nedeniyle Statü'de aynı zamanda bir fren ve denge

²⁷ Savcılık makamı Roma Konferansında en çok tartışılan konulardan biri olmuştur. ABD soruşturulacak dosyaların Güvenlik Konseyi tarafından belirlenmesini yani UCM savcısının kendi güdümünde olmasını istemekteydi. Ulusoy, s. 36.

²⁸ Heller/Dubber, s. 599.

mekanizması da öngörülmüştür²⁹. Bu mekanizma özellikle m. 13 ve 19 arasında m. 53 ve 54'te ve m. 61'de serpiştirilen çeşitli hükümlerden oluşmaktadır. Savcığı sınırlayan mekanizmanın iki temel dayanağı ulusal egemenlik ilkesi ve Güvenlik Konseyi'nin politik önceliğidir³⁰.

Savcının bir soruşturmayı başlatırken veya devam ettirirken karşılaşılabileceği en somut engel şüphesiz Güvenlik Konseyine verilen erteleme³¹(*deferral*) yetkisidir. Bu madde ile Güvenlik Konseyi on iki ay boyunca bir konuda savcıdan bir soruşturmayı veya kovuşturmayı başlatmama veya devam ettirmeme isteğinde bulunabilir. Aynı şartlar altında Konsey, süre bittikçe bu talebini yineleyebilmektedir. Teorik olarak Konsey'in bir soruşturma veya kovuşturmayı süresiz olarak engelleme gücü bulunmaktadır. Bunun dışında UCM savcısının elindeki yetkileri kullanmasını engelleyebilecek iki önemli sınırlandırma ihtimali daha vardır. Bunlardan ilki, savcının re'sen (*proprio motu*) başlattığı soruşturmalar için Ön İnceleme Dairesi'nden almak zorunda olduğu soruşturma iznidir³². Buna göre, savcı yaptığı ön soruşturmada, çeşitli kaynaklardan veya ihbar ile edindiği bilgilerin o fiilin soruşturulması için yeterli bir dayanak oluşturduğunu düşünürse soruşturmaya devam etmek için Ön İnceleme Dairesi'nden izin talep etmek zorundadır³³.

Bir başka sınırlandırma nedeni ise (muhtemelen en sık karşılaşılabilecek) ulusal mahkemelerin yargılama yaptığı durumlarda UCM'nin tamamlayıcılık ilkesi gereği soruşturma ve kovuşturma yapamamasıdır³⁴. Tamamlayıcılık ilkesi başvurunun Güvenlik Konseyi tarafından yapıldığı durumlar dâhil her başvuruda göz önüne alınır³⁵.

²⁹ Brubacher, s. 72.

³⁰ Turone, Giuliano. *Powers and Duties of the Prosecutor*, içinde der. Cassese, Antonio/ Gaeta, Paola /Jones, JohnR.W.D., *The Rome Statute the International Criminal Court: A Commentary*, Cilt 2, 2002, s. 1140.

³¹ Roma Statüsü m. 16.

³² Roma Statüsü m. 15/3.

³³ Brubacher, s. 77.

³⁴ Roma Statüsü Başlangıç Hükümleri 10. Paragraf.

³⁵ Kurşun, Günel. *101 Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2011, s. 9.

UCM savcısının bu kadar çok sınırlandırma ile hareket kabiliyetinin ve takdir yetkisinin azaltılması, savcının herhangi bir toprak ve süreyle sınırlı olmayan soruşturma yetkisinin verdiği aşırı gücün dengelenmesi düşüncesine dayanmaktadır³⁶.

Son olarak savcının soruşturma ve kovuşturma sürecindeki rol ve görevlerini etkileyen bir hususa değinmekte fayda bulunmaktadır. Dünyada başta Ortak Hukuk (Common Law) ve Kıta Avrupası Hukuku (Civil Law) olmak üzere farklı hukuk sistemi bulunmaktadır. Bu sistemlerin ceza yargılamalarına hakim olan anlayış da farklılık arz etmektedir. Ortak Hukuk sistemi çekişmeli yargılamayı (adversarial system) kabul ederken Kıta Avrupası Hukuku'nda tahkik sistemi (inquisitorial system) daha ön plandadır. UCM'nin kuruluş aşamalarında hangi sistemin kabul edilmesi yönünde yoğun tartışmalar gerçekleşmiştir. Nitekim bu tartışmalar her iki sistemin de katkı sunduğu bir modelin ortaya çıkması ile sonuçlanmıştır³⁷. Yugoslavya ve Ruanda için kurulan geçici uluslararası ceza mahkemeleri çekişmeli sisteme daha yakinken, UCM sistemi bazı yönleriyle tahkik sistemine daha yakındır. Örneğin, çekişmeli sistemden farklı olarak Roma Statüsü'nün m. 51/1-a bendi UCM savcısı şüphelinin hem lehine hem de aleyhine olan delilleri toplamakla yükümlü kılmaktadır³⁸.

A. Savcının Soruşturma Öncesi Görevleri

1. Suçun İhbar Şekilleri ve Ön Soruşturma Aşaması

UCM savcısı kendisine yapılan başvuruları ve farklı kaynaklardan gelen bilgileri değerlendirmek ile yükümlüdür³⁹.

Suç ihbarının kaynağına göre savcısının yükümlülükleri büyük farklılık göstermektedir. Bu anlamda soruşturma kararına giden süreci üç farklı şekilde değerlendirmemiz gerekir⁴⁰:

³⁶ Turone, s. 1142.

³⁷ Schabas, William A. *An Introduction to International Criminal Court*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, s. 117-118.

³⁸ Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2. Edition, 2003, s. 410; Satzger, Helmut. *International and European Criminal Law*, Nomos Verlag, München, 2012, s. 211. Schabas ise Roma Statüsü'nde kabul edilen mahkeme mahkemenin muhakeme sürecine müdahale anlamında güçlü yetkilere sahip olduğu ama çekişmeli sisteme yakın olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Schabas, s. 119.

³⁹ Roma Statüsü m. 42(1).

⁴⁰ Turone, s. 1144.

1) Güvenlik Konseyi'nin başvuruda bulunması⁴¹: Bu yol UCM savcısının işini büyük ölçüde kolaylaştırır. Zira Güvenlik Konseyi'nin bizzat soruşturma talebinde bulunması savcıyı; Statü'nün 16. maddesindeki Güvenlik Konseyi'nin soruşturmayı veya kovuşturmayı erteleme tehlikesinden (deferral), Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni isteme ve taraf devletleri bilgilendirme yükümlülüğünden⁴² ve son olarak taraf olmayan devletlerin topraklarında işlenen fiillerin yargılanamaması kısıtlamasından kurtarmaktadır. Güvenlik Konseyi'nin başvurusu için Birleşmiş Milletler Sartı'nın 7. Bölüm'ü kapsamında hareket etmesi dışında bir şart veya detay Roma Statüsü tarafından aranmamaktadır⁴³.

2) Taraf devletlerden birinin başvurusu⁴⁴: Bu durumda da Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni alınmasına gerek bulunmamakla birlikte Güvenlik Konseyi'nin 16. maddedeki erteleme tehlikesi hala devam etmektedir. Bunun dışında soruşturmanın bütün devletlere bildirilmesi yükümü bulunmaktadır⁴⁵. Taraf devletin yapacağı başvuruda bir kişiyi değil olayı belirtir. Nitekim ulusal hukuklarda da suç ihbarı için genel olarak olayın bildirilmesi yeterli olmakta, şüphelinin belirtilmesi bir şart olarak aranmamaktadır⁴⁶.

3) Herhangi bir kaynaktan ihbar ya da savcının inisiyatifi: Resen harekete geçen savcının ön incelemeden sonra sonra soruşturma

⁴¹ Roma Statüsü m. 13/1(b). Libya ve Sudan'da meydana gelen olaylar için soruşturma süreci BM Güvenlik Konseyi'nin talebiyle başlamıştır. Tombul, s. 136. Bu şekilde yapılan ilk başvuru Darfur, Sudan dosyası ile ilgilidir. Güvenlik Konseyi kararı ile Statü'ye taraf olmayan Sudan'ın devlet başkanı hakkında tutuklama kararı çıkarılması UCM'nin dünya politikasını şekillendirecek bir araç olup olmadığı tartışmalarını doğurmuştur. Nitekim UCM kurulurken en önemli beklentilerden biri hukuksal olarak eşit olan fakat politik olarak eşit olmayan devletler arasında varolan dengenin zayıf devletler lehine düzeltilmesiydi. Bu görüşler ve ayrıntılı tartışmalar için bkz. Nouwen, Sarah M. H./Werner, Wouter G. "Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan", *The European Journal of International Law*, Vol. 21, 2001, s. 941-965.

⁴² Roma Statüsü m. 18.

⁴³ Schabas, s.122.

⁴⁴ Roma Statüsü m.13(c) ve 15.

⁴⁵ Roma Statüsü m. 18. Bugüne kadar yapılan başvuruların çoğu bu şekildedir. Kongo, Uganda Cumhuriyeti ve Orta Afrika Cumhuriyeti bu konudaki ilk örneklerdir. Bu ülkelerdeki suçlarla ilgili yargılamalar sürmektedir. Kurşun, , s. 39.

⁴⁶ Schabas, s. 122.

açmak istemesi halinde Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni alması gerekmektedir⁴⁷.

Bu kaynaklar dışında kalan suç mağdurları, uluslararası örgütlet, hükümet dışı organizasyonlar veya taraf olmayan devletler de bir soruşturmanın başlatılması için gibi sùjeler yukarıda belirtilen üçüncü yol çerçevesinde UCM savcılığa başvurabilir. Hangi yolla savcılık harekete geçirilmiş olursa olsun soruşturma veya kovuşturma açılıp açılmamasına savcılık kendisi karar verecektir⁴⁸.

Yapılan ihbarlar ve elde edilen bilgiler ile birlikte UCM savcısının bir ön araştırma yapması gerekmektedir. Ön araştırma evresinde savcı elindeki bilgileri netleştirmek ve bir sonraki aşamaya geçmek için suçlamaların gerekli ciddilikte ve ağırlıkta olup olmadığına karar vermek zorundadır⁴⁹. Bunun için UCM savcısı Roma Statüsü m. 15/2 çerçevesinde çeşitli kurum, kişi, devlet ve BM organlarından ek bilgi talep edebilir veya Mahkeme'nin bulunduğu yerde gerekli gördüğü kişilerden sözlü veya yazılı ifade alabilir.

Ön inceleme ile soruşturma evreleri arasındaki sınırın belirlenmesi bu anlamda önem taşımaktadır. Ön inceleme aşamasında elde bulunan delil ve bilgiler bir soruşturma açılmasına gerek olup olmadığı konusunda yapılacak değerlendirme için esas teşkil etmektedir. Roma Statüsü'nün 53. maddesinde belirtildiği üzere bu aşamanın soruşturma evresinin sınırlarını işgal etmemesi gerekir. Buna göre ön araştırma aşaması, savcı elindeki verilerin söz konusu fiiller hakkında soruşturma açılmasına "*makul bir temel*" oluşturacak ciddilikte olduğuna veya olmadığına karar verinceye kadar devam eder⁵⁰.

UCM savcısının ne zaman ve hangi parametrelere dayanarak soruşturma açmaya veya açmamaya karar vereceği sorusu karşımıza çıkmaktadır. Bu sorunun cevabını da Roma Statüsü m. 53

⁴⁷ Heller/Dubber, s. 599. Kenya'da 2007 yılında yapılan seçimlerden sonra meydana gelen şiddet olayları, Fildişi Sahilleri'nde 2010 yılında yine devlet başkanlığı seçimleri sonrasında meydana gelen olaylar ile ilgili ön soruşturma UCM savcısı tarafından resen açılmıştır. Daha sonra UCM savcısı Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni talep etmiştir. Daire bu başvuruyu 31 Mart 2010 tarihinde kabul etmiştir. Satzger, s. 210

⁴⁸ Cassese, s. 406-407; Schabas, s. 117-118.

⁴⁹ Brubacher, s. 79.

⁵⁰ Turone, s. 1150; Cassese, s. 407.

düzenlemektedir. Bu maddeye göre savcı ancak dört parametrenin varlığı halinde soruşturma açılmasına karar verebilir. Bunları düzenlenme şekline göre şu şekilde sıralayabiliriz:

- a) Söz konusu fiillerin suç oluşturduğuna inandırabilecek derecede makul bir temelin olması,
- b) Makul bir temeli olan muhtemel suçun UCM'nin yargılama yetkisi dâhilinde olması,
- c) Makul bir temeli olan ve UCM'nin yargılama yetkisine dâhil olan muhtemel suçun Roma Statüsü m. 17'deki "*kabul edilebilirlik*" koşullarını⁵¹ taşıması,
- d) Her üç parametreye uygun olan muhtemel suçun yargılanmasının aynı zamanda adalete hizmet edecek olmasıdır⁵².

Yukarıda ifade ettiğimiz ve kaynağını Roma Statüsü m. 53'ten alan parametrelerin varlığı halinde savcı söz konusu fiillerin soruşturulması gerektiğine karar verecektir. Güvenlik Konseyi ve taraf devlet başvurusu ile incelenen fiiller için ayrıca Ön İnceleme Dairesi'nden izin alınmasına gerek yoktur⁵³. Lakin savcı resen incelediği fiiller hakkında soruşturma açmak isterse Statü'nün 15/1 maddesi gereği Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni almak zorundadır. Ön İnceleme Dairesi'nin izin vermemesi durumunda elde edilecek yeni delillerle tekrar soruşturma izni için

⁵¹ Roma Statüsü m. 17/1: "1. (...) Mahkeme, aşağıdaki davaları kabul edilemez bulacaktır: (a) Soruşturma veya kovuşturma yapmaya isteksiz davrandığı veya gerçekten muktedir olmadığı haller dışında, yargı yetkisi bulunan devlet tarafından, dava konusu olayın soruşturulması veya yargılanması halinde; (b) Yargılama konusunda isteksiz veya yargılamaya gerçekten imkanı bulunmadığı haller dışında, yargı yetkisine sahip devletin, olayı soruşturduktan sonra ilgili şahsı yargılamaya gerek olmadığına karar vermesi halinde, 12 (c) İlgili şahsın, şikayet konusu olaydan dolayı, daha önceden yargılanmış ve Mahkeme tarafından 20. maddenin 3. paragrafı uyarınca, şahsın yargılanmasına izin verilmemiş olması halinde; (d) Dava konusunun, Mahkeme tarafından başkaca işlem gerektirecek derecede vahim bulunmaması halinde."

⁵² Brubacher, s. 79-80. 2010 yılında İsrail tarafından askerleri tarafından Mavi Marmara Gemisi'ne yapılan saldırı nedeniyle bayrak devleti olan Komorlar tarafından UCM'ye başvuru yapılmıştır. UCM savcısı yaptığı ön soruşturma neticesinde söz konusu fiillerin UCM'nin yetki alanında olduğunu ve savaş suçu işlendiği yönünde makul bir temel bulunduğunu, fakat söz konusu fiillerin UCM'de yargılama yapılması için yeterli ağırlıkta olmadığını belirterek soruşturma açmamıştır. Bu bilgiler ve ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Topal, Ahmet Hamdi. "Uluslararası Ceza Mahkemesinin Mavi Marmara Kararı Ve Kararın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın'a Armağan, Yıl: 2015, c. 21, Sayı 2 (Özel Sayı), s. 481-508, s. 482.

⁵³ Roma Statüsü md. 15/1 (a) ve (c).

başvurmasında bir mahsur yoktur⁵⁴. Resen başlatılan incelemelerde soruşturma için Ön İnceleme Dairesi'nin kararını gerektiren bu kosul UCM savcısının yetkisini kısıtlamayı amaçlamaktadır⁵⁵.

Bu bağlamda değinilmesi gereken önemli bir nokta, Statü'nün 53/1(c) maddesinin savcıya getirdiği bir yükümlülüktür. Buna göre UCM savcısı bir olayın soruşturulmasına karar verirken oldukça seçici olmalı ve mümkün olduğunca en önemli olayları ve kişileri (devlet başkanı veya askeri olarak en üst rütbelerde bulunan kişiler) UCM'nin önüne getirmeye çalışmalıdır. Geriye kalan şüphelileri ise ulusal mahkemelerin yargılaması bu noktada daha makul görünmektedir⁵⁶.

UCM savcısının soruşturmamaya karar vermesi durumunda kendisine başvuruyu yapan veya bilgiyi veren kişi, devlet veya Güvenlik Konseyi'nin bu kararı hakkında bilgilendirmesi gerekir. Ayrıca Roma Statüsü m. 53(1) savcının tamamen kendi takdirine kalan hususlara dayanarak soruşturmama kararı alması durumunda Ön İnceleme Dairesi'ni bilgilendirmesi gerektiğini belirtmektedir.

2. Savcının Soruşturmama Kararına Karşı Çareler

Savcının yaptığı ön araştırma neticesinde bir olayı soruşturmama kararı alması durumunda, Ön İnceleme Dairesi başvuruyu yapan taraf devlet veya Güvenlik Konseyi tarafından talep edilmesi durumunda veya kendi inisiyatifi ile savcının bu kararını tekrar gözden geçirmesini isteyebilir⁵⁷. Dikkat edildiği gibi Ön İnceleme Dairesi savcıdan kararı hakkında ancak "*gözden geçirme*" talep edebilir ama soruşturmaya zorlayamaz. Fakat bu durumun da bir istisnası bulunmaktadır. Eğer UCM savcısı yalnız kendi takdirine bırakılmış olan sebeplerden birine dayanarak⁵⁸ soruşturmama kararı almışsa, Ön İnceleme Dairesi UCM savcısının soruşturmama

⁵⁴ Roma Statüsü m. 53/4.

⁵⁵ Cassese, s. 409.

⁵⁶ Schabas, s. 122; Turone, s.1154. Bu yaklaşımın dayanağı hukuki olmaktan çok finansaldır. Çünkü suç işlediği iddia edilen herkesin UCM'de yargılanması devasa bir iş yüküne ve masrafa neden olacaktır. Bu durumun mahkemenin işlevsiz kalmasına neden olacağı kaygısı bu yaklaşımın oluşmasında etkili olmuştur. Combs, s. 15.

⁵⁷ Brubacher, s. 87-88.

⁵⁸ Roma Statüsü m. 53/1(c)

kararında ısrar etmesini onaylamayabilir⁵⁹. Başka bir ifadeyle Ön İnceleme Dairesi, savcıcıyı “yargısal emir” (*judicial order*) ile soruşturma açmaya zorlayabilme yetkisine sahiptir⁶⁰. Bu durum Türk hukukunda Cumhuriyet savcısının kovuşturmaya yer olmadığı kararına yapılan itirazın kabul edilmesi halinde Cumhuriyet savcısının hakim kararıyla iddianame düzenleme zorunluluğuna benzetilebilir. Başvuruyu yapan taraf devlet veya Güvenlik Konseyi’nin dışında hiç kimse Ön İnceleme Dairesi’nden savcının kararını gözden geçirmesini isteyemez.

3. Savcının Ön İnceleme Dairesi’nden Soruşturma İzni Talep Etmesi

UCM savcısının resen harekete geçtiği durumlarda ön araştırma devresinden sonra soruşturmaya başlayabilmek için Ön İnceleme Dairesi’nden izin alması gerekir⁶¹. Büyük ölçüde politik sebeplerle ve savcıya olan güvensizlik nedeniyle konulmuş olan bu hüküm, Güvenlik Konseyi’nin veya taraf devletlerden birinin başvurusu durumunda böyle bir izin mekanizması öngörmemektedir⁶².

İzin verme işlemi için ise Ön İnceleme Dairesi’nde, savcının elindeki bütün materyallerle katılabileceği ve mağdurların da sunum yapabilecekleri bir duruşma yapılacaktır⁶³. Bu duruşmada Ön İnceleme Dairesi’nin bir karara varırken sonradan yapılacak yargılamalara dair bir hüküm beyan etmemesi ve kararını politik sebeplere değil, yargılanabilirlik, kabul edilebilirlik ve makul sebeplerin varlığı gibi objektif kriterler çerçevesinde vermesi gerekir⁶⁴.

Ön İnceleme Dairesi’nin UCM savcısının talebini reddetmesi halinde UCM savcısı her zaman yeni delil ve olguları ileri sürerek tekrardan soruşturma için yetki talep edebilecektir⁶⁵.

⁵⁹ Brubacher, s. 86.

⁶⁰ Brubacher, s. 87.

⁶¹ Heller/Dubber, s. 600.

⁶² Turone, s. 1160.

⁶³ Roma Statüsü m. 15/3.

⁶⁴ Roma Statüsü m. 1161.

⁶⁵ Schabas, s. 121.

4. Savcının Ülkelere Bildirim Yapma ve Ulusal Yargılama Yetkisi Lehine Soruşturmayı Ertelemesi

Soruşturmanın hemen başında UCM savcısı bütün taraf devletlere ve taraf olmadığı halde ilgili suç ile ilişkili olan devletlere bildirim yapmakla yükümlüdür⁶⁶. Bu bildirim yükümü Güvenlik Konseyi'nin başvurusu ile açılan soruşturma türü dışındakilerin hepsi için uygulanır. Soruşturma haberini alan ülkeler Roma Statüsü m. 17/1 (a), (b), (c)'deki hükümlerden birine dayanarak (yani söz konusu olaya veya kişilerin hâlihazırda ulusal mahkemelerinde yargılanacak, yargılanmakta veya yargılanmış olduğu) soruşturmanın ertelenmesi (*defer*) talebinde bulunabilirler. Bu durumda savcının tamamlayıcılık ilkesi gereği soruşturmayı durdurması ve ulusal yargılamalara bırakması gerekir. Fakat bildirim yükümünden sonra savcı cevap beklemek amacıyla hareketsiz kalmaz. Her halükarda soruşturmaya devam etmek mecburiyetindedir⁶⁷.

Ulusal yargılamalar lehine erteleme durumunda dahi, savcının başvurusuyla Ön İnceleme Dairesi savcıya soruşturma izni verebilir. Bu durum ise savcının Roma Statüsü 17/2 ve 17/3'teki ulusal yargılamaya dair "*isteksizlik veya kabiliyetsizlik*" belirten delillerin verilmesi durumunda olacaktır. Bu noktada Roma Statüsü m. 18/6'da isabetle düzenlenen ve ulusal yargılama için erteleme dâhil her durumda uygulanabilecek bir hüküm mevcuttur. Buna göre savcı sonradan elde edilememe riski olan bir delilin veya soruşturma ile ilgili sonradan ele geçmeyecek bir fırsatın değerlendirilmesi için Ön İnceleme Dairesi'nden izin talep edebilir. Bu hükmün önemi delillerin karartılması veya bilgi sahibi kişilerin ölme ihtimali bulunduğu durumlarda özellikle kullanışlı ve gerekli bir hükümdür.

Ayrıca savcının ulusal yargılama için ertelenmiş soruşturmalarda ilgili ülkelerin yürüttükleri soruşturmaların şartları altında tekrar

⁶⁶ Roma Statüsü m. 18/1, taraf olmayan devletlere bildirim yükümü, o ülkenin de o olaya mahsus olarak (*ad hoc*) UCM'nin yargılama yetkisini tanıyabilme ihtimalinden kaynaklanmaktadır.

⁶⁷ Roma Statüsü m. 18/1: (Savcı soruşturmayı başlattığında...) ibaresinden bildirimden sonra savcının hareketsiz kalamayacağı açıkça anlaşılabilir. Bkz, Turone, s.1163.

gözden geçirilmesi veya 18/5 gereği ilgili devletten periyodik olarak bilgi alabileceği düzenlenmiştir⁶⁸.

B. Soruşturma Süreci

1. Soruşturma Başlaması ve Savcının Öncelikli Görevleri

UCM savcısının bir olayı soruşturmaya karar vermesinden sonra veya yargısal emirle soruşturmaya zorlanmasıyla beraber yapması gereken öncelikli görevler bulunmaktadır. Bu öncelikli görevler de soruşturmanın açılma şekline göre dört farklı şekil alabilir.

a) Başvurunun Roma Statüsü m. 13/(b) çerçevesinde Güvenlik Konseyi tarafından yapılmış olması durumunda soruşturma öncesinde herhangi bir öncelikli görev bulunmamaktadır. Bu başvuru türü hızlı soruşturmaya olanak sağlar.

b) Soruşturmanın Roma Statüsü m. 13/(a) ve 14'ne dayanarak bir taraf devletin başvurusu ile başlamış olması durumunda savcının yegane görevi soruşturmayı Roma Statüsü m.18/1 gereği ilgili devletlere bildirmektir.

c) Savcının Roma Statüsü m. 13/ (c) ve 15'de belirtilen haller çerçevesinde soruşturmaya resen başlaması durumunda öncelikli görevi Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni alması olacaktır. Soruşturma izni aldıktan sonra ilgili devletlere bildirim yapması gerekir.

Roma Statüsü'nün 13/a ve 13/c maddelerine dayanarak başlatılan soruşturmalarda taraf devletlere ve yargı yetkisi bulunan ülkelere bildirim yapıldıktan sonra bir devletin bir ay içerisinde söz konusu suçla ilgili yargılama yaptığını bildirmesi halinde, Ön Yargılama Dairesi soruşturma yapmak için UCM savcısını yetkilendirmediği sürece, Savcı, devletin ilgili kimseleri soruşturması sonuçlanıncaya kadar kendi soruşturmasını erteler (Roma Statüsü m. 18).

Son olarak soruşturmanın bir yargısal emirle (Roma Statüsü m. 53/3(b)) başlaması durumunda savcının Ön İnceleme Dairesi'nden soruşturma izni alması abes olacağı için (zira soruşturmaya zorlayan Ön İnceleme Dairesi'dir) sadece ilgili devletlere bildirim yükümü bulunmaktadır.

⁶⁸ Roma Statüsü m. 18/5.

2. Soruşturmanın Yürütülmesi Esnasında Savcının Görevleri

Soruşturma esnasında UCM savcısının sahip olduğu görevler Roma Statüsü m. 54/1'de listelenmiştir. Bu görevler öz olarak savcının soruşturmaya bakış açısı ve yetkilerini kullanırken içinde kalması gereken sınırları ifade etmektedir⁶⁹. Maddede sayılan görevler temel olarak üç başlık altında sıralanabilir⁷⁰:

a) Savcının ilk görevi objektif gerçeği bulmaktır (Roma St. m. 54/1(a)): Savcı görevinin gereği olayla ilgili delilleri toplarken sadece suçlayıcı delilleri değil, sanığın lehine olan delilleri de toplamak zorundadır.

b) Savcının mağdurun ve tanıkların haklarına ve çıkarlarına saygı duyması yükümü düzenlenmiştir. UCM savcısı mağdur ve tanıkların yaş, cinsiyet, sağlık sorunları ve ilgili suçun doğası gereği görebilecekleri muhtemel zararları göz önüne alarak, zarar görme ihtimali olan mağdur ve tanıkların korunması için gereken önlemleri almakla yükümlüdür (Roma Statüsü m. 54/1(b)).

c) Savcının Mahkeme önüne gelen sanık/şüpheli veya mağdurların sahip olduğu haklara saygı duyması gerekmektedir (Roma Statüsü m. 54//1(c)).

3. Soruşturmanın Yürütülmesi Esnasında Savcının Yetkileri

UCM savcısının soruşturma süresince sahip olduğu yetkiler esaslı olarak Roma Statüsü m. 54/2-3 düzenlenmiştir. Bu maddelerde savcının sahip olduğu yetkiler genel olarak sayılmış olsa da, Statü'nün başka hükümlerinde çoğunlukla Ön İnceleme Dairesi ile birlikte savcının kullanabileceği çeşitli yetkiler⁷¹ bulunmaktadır.

Roma Statüsü tarafından UCM savcısına verilen yetkiler şunlardır⁷²:

a) Savcı, gerekli delilleri bulmak için uygun gördüğü şekilde araştırmalar yapabilir. Elde edilen bulgulardan gerekli

⁶⁹ Turone, s. 1164.

⁷⁰ Roma Statüsü m. 54/1.

⁷¹ Roma Statüsü m. 57/3(a)'da savcının soruşturmanın amacına yönelik olarak Ön İnceleme Dairesi'nden emir ve talimatlar (tutuklama emri ve yakalama celbi özellikle) yayınlaması konusunda istekte bulunabileceği öngörülmüştür. Bunun dışında Roma Statüsü m.56/1(b)'de savcıya soruşturmanın selameti ve etkililiği için gerekli önlemleri almasını talep etme hakkını vermektedir.

⁷² Roma Statüsü m. 54.

gördüklerini toplayabilir. Bu bağlamda gerekli görmesi durumunda soruşturulan kişilerin, mağdurların ve tanıkların hazır bulunmasını ve sorgulanmasını isteyebilir.

b) UCM savcısının gerekli olan hallerde bir devletin topraklarında soruşturma yürütme yetkisi bulunmaktadır. Bu yetkiyi düzenleyen Roma Statüsü m. 54/2, savcının Roma Statüsü 9. bölüm çerçevesinde (taraf devletlerin işbirliği ve yardımlaşma yükümü) Ön İnceleme Dairesi'nin yetkilendirmesi⁷³ ile bu yetkisini kullanabilir. Bu noktada esas olan devletlerin savcı ile işbirliği yaparak topraklarında soruşturmaya izin vermesi ve yardımcı olmasıdır⁷⁴. Fakat taraf devletlerin bu konuda işbirliğine yanaşmaması halinde UCM savcısı bu durumu Taraf Devletler Assamblesi'ne veya olay Güvenlik Konseyi tarafından yapılan başvurular için bu organa bildirmelidir (Roma Statüsü m.87/7). Taraf devletler ile UCM arasında hiyerarşik bir ilişki bulunmadığından UCM savcısı için taraf devleti uluslararası mekanizmalar yoluyla işbirliğine teşvik etme dışında bir yol bulunmamaktadır⁷⁵. Tamamlayıcılık ilkesi gereği ancak taraf devletin ilgili suçu soruşturma konusunda yetersiz veya isteksiz olması halinde olayın UCM savcılığı tarafından soruşturulması mümkün olduğundan bu mesele oldukça önem kazanmaktadır. Zira bu tür durumlarda taraf devletin işbirliği yapma veya yapabilme ihtimali oldukça düşük olacaktır⁷⁶. Nitekim Sudan devlet başkanı görevindeyken hakkında tutuklama kararı çıkarılan Ömer Hasan Ahmed El Besir'in Güney Afrika Cumhuriyeti'ne yaptığı bir ziyarette tutuklanması talebi taraf bir ülke olmasına rağmen Güney Afrika Cumhuriyeti tarafından reddedilmiştir⁷⁷.

c) UCM savcısı, herhangi bir devlet veya uluslararası örgütle işbirliği talep edebilir⁷⁸ ve bunun için ilgili devletlerle, uluslararası örgütlerle ve kişilerle zorunlu olabilecek çeşitli anlaşmalar yapabilir⁷⁹. Ancak bu anlaşmalar Statü'ye aykırı olamaz. Bu notada

⁷³ Roma Statüsü m. 57/3(d).

⁷⁴ Schabas, s. 158.

⁷⁵ Cassese, s. 412.

⁷⁶ Cassese, s. 412.

⁷⁷ Tombul, s. 146.

⁷⁸ Roma Statüsü m.54/3(c).

⁷⁹ Brubacher, s. 89.

değnilmesi gereken bir husus, Roma Statüsü m.54/3(d)'deki "şahsın işbirliği yapması için (...) anlaşmalar yapılabilir." ifadesinin savaş suçluları ile cezadan bağışıklık karşılığında işbirliği yapma ve anlaşma yetkisi verip vermediğidir. Madde hükmünde bu şekilde açık bir yetki ifadesi bulunmasa da savcının madde 53/2(c)'de ifade edilen "adaletin çıkarlarını" gözeterek, başka önemli suçluları veya hayati delillerin bulunması için, bazı suçlu şahıslarla elde edilecek delil ve uğruna feda edilecek adalet açısından bir denge bulunması koşuluyla anlaşma yapabilmesi gerekir⁸⁰.

Ayrıca devletler veya uluslararası örgütler ile gizlilik şartına bağlı olarak temin edilecek bazı materyallerin açıklanmaması ve bu materyallerin sadece yeni delillerin elde edilmesi için kullanılması konusunda UCM savcısı anlaşmalar yapabilir⁸¹. Dolayısıyla UCM savcısının delil elde ve maddi gerçeği bulma amacıyla geniş bir anlaşma yapma yetkisi bulunmaktadır.

d) UCM savcısı Roma Statüsü m. 54/3'e dayanarak bilgilerin gizliliği, kişilerin korunması ve delillerin muhafazası konusunda her türlü önlemi almaya yetkilidir.

e) Savcı gerekli gördüğü durumlarda şüpheli kişilerin tutuklanması veya kişinin Mahkeme tarafından çağrıldığı takdirde kendi iradesi ile mahkemenin huzuruna çıkacağı düşünülüyorsa celpname çıkartılmasını Ön İnceleme Dairesi'nden talep edebilir⁸². Ön İnceleme Dairesi, celpname yerine tutuklama emri veya tutuklama emri yerine celpnameyi uygun görerek bu talebi kabul edebilir veya aynen kabul veya ret edebilir⁸³. Ön İnceleme Dairesi kendisine yapılan müracaat, savcının gösterdiği deliller ve makul suç şüphesinin bulunması durumunda tutuklama müzakeresi çıkarmaya karar verecektir. Çıkarılan müzekkere ilgili devletlere gönderildikten sonra bahse konu devlet, kendi yasaları ve Roma Statüsü 9. Bölüm uyarınca (yardımlaşma ve işbirliği yükümlülüğü) söz konusu kişiyi derhal tutuklayacak ve Mahkemeye teslim edecektir. Roma Statüsü 58/7 maddesi tutuklama müzakeresi çıkarmak yerine savcıya Ön İnceleme Dairesi'nden celpname çıkartılmasını talep etme imkanı da vermektedir. Celpnamede

⁸⁰ Turone, s.1170.

⁸¹ Schabas, s. 127.

⁸² Tombul, s. 137.

⁸³ Schabas, s. 164.

gözültü hariç olmak üzere kişinin özgürlüğünü kısıtlayacak önlemlerin alınması da öngörülebilir⁸⁴.

UCM savcısı temel hak ve özgürlüklere ilişkin zorlayıcı tedbirleri ancak Ön İnceleme Dairesi'nden talep ederek ve Dairenin onayı ile kullanabilirken daha hafif nitelikteki tedbirlere herhangi bir hakim kararı gerekmeden kendisi bizzat başvurabilir. Delillerin toplanması, taraf devletler ile işbirliği ve tanık sorgusu gibi işlemler UCM savcısının bizzat baş vurabileceği tedbirlere örnek olarak verilebilir⁸⁵. UCM savcısının bu durumu Türk hukukunda Cumhuriyet savcılarının yetkileri ile büyük ölçüde benzeşmektedir. Temel hak ve özgürlüklere müdahale teşkil etmeyen nitelikteki araştırmalar ve tedbirler Cumhuriyet savcısının kararıyla uygulanabilir iken (bkz. 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m. 161) tutuklama adli kontrol gibi bazı koruma tedbirleri Cumhuriyet savcısının talebi sadece Sulh Ceza Hakimi'nin kararıyla uygulanabilir. Fakat arama ve elkoyma gibi bazı koruma tedbirleri de gecikmesinde sakınca bulunan hallerde sonrasında hakim onayına sunulmak şartıyla Cumhuriyet savcısı tarafından kullanılabilir. Bu şekilde bir yetki devri UCM savcısı için öngörülmemekle birlikte iki yapının mahiyeti ve amaçları farklı olduğundan bu farklılık da doğal olarak görülebilir.

4. Soruşturmanın Sonuçlanması

Soruşturma tamamlandığında, savcı elde ettiği verilere dayanarak kovuşturma açıp açmama hususunda bir karar verecektir. Bu kararı verirken kovuşturma için yeterli bir sebep olup olmadığını araştıracaktır⁸⁶.

Roma Statüsü 53. maddede, bir fiil hakkında kovuşturma açılması için suçlamaların yeterli bir temel teşkil edip etmediği hususunda gözönüne alınacak kriterler şu şekilde ifade edilmiştir⁸⁷:

a. UCM savcısında soruşturulan şahsın iddia edilen suçu işlediğine dair bir inancın oluşması⁸⁸,

⁸⁴ Roma Statüsü m.58/7

⁸⁵ Satzger s. 211.

⁸⁶ Brubacher, s. 75.

⁸⁷ Turone, s. 1172.

⁸⁸ Roma Statüsü m. 58/1(a) ve 58/7.

b. Suçlamaların Roma Statüsü m. 17’de düzenlenen kabul edilebilirlik şartları (suçun nihai olarak mahkemenin yargı yetkisine girmesi ve mahkeme tarafından kovuşturmaya değer ağırlıkta olması) açısından değerlendirilmesi

c. Bu iki şart açısından da kovuşturmaya engel bir durum yoksa savcı tarafından bu defa suçun kovuşturulmasının adalete hizmet edip etmeyeceğine karar verilmesidir. Bu değerlendirme başta suçun ağırlığı, mağdurların çıkarı ve (şüpheliler açısından) ilerleyen yaş ve kocama gibi bütün şartlar göz önüne alınarak yapılmalıdır. İncelenen parametreler, suçun kovuşturulması gerektiğini gösteriyorsa, savcı bu konuda Ön İnceleme Dairesi’nden “*iddianamenin kabulü duruşması*” yapılmasını talep edecektir⁸⁹.

İddianamenin kabulü duruşması, kendisine suç isnat edilen kişinin ve onun müdafinin hazır bulunması ile yapılacaktır. Yalnız, istisna olarak, Ön İnceleme Dairesi, savcının talebi üzerine ya da resen iddianamenin kabulü duruşmasını kendisine suç isnat edilen kişinin yokluğunda yapabilir⁹⁰. Bu aşamada Ön İnceleme Dairesi’nin önünde UCM savcısı ve savunma delil sunabilir veya delile karşı savunma yapabilir. Yapılan duruşma neticesinde Ön İnceleme Dairesi suçlamaların hepsini veya bir kısmını kabul ederek dosyayı yargılama için Yargılama Dairesi’ne gönderebilir. Ya da suçlamalar için yetersiz delil bulunduğu gerekçesiyle iddianameyi reddedebilir. İddianamenin reddedilmesi halinde savcı yeni delillerle tekrar yargılama talebinde bulunabilir. Bu ihtimallerin dışında, Ön İnceleme Dairesi davayı erteleyerek savcıdan soruşturmayı derinleştirmesini, yeni deliller elde etmesini veya itham ettiği suçlamaları değiştirmesini talep edebilir⁹¹.

Savcının soruşturma neticesinde kovuşturmaya yer olmadığı kararı vermesi halinde, bu karara karşı eğer soruşturma talebi bir başvuru ile yapılmışsa, başvuruyu yapan taraf devlet veya Güvenlik

⁸⁹ Roma Statüsü m. 61/1.

⁹⁰ Schabas, s.172. Callixte Mbarushimana hakkında yürütülen soruşturma neticesinde şüphelinin insanlığa karşı suç ve savaş suçu işlediği iddialarıyla hazırlanan iddianame Ön İnceleme Dairesi tarafından onaylanmamış ve dava açılmamıştır. Benzer şekilde, Sudan, Darfur’da 2007 yılında işlenen bazı fiiller nedeniyle hakkında soruşturma başlatılan Abu Garda hakkında, Ön İnceleme Dairesi, yeterli delil olmadığını gerekçe göstererek iddianameyi onaylamamıştır. Tombul, s. 143 vd.

⁹¹ Cassese, s. 416; Satzger, s. 211.

Konseyi tarafından savcının kovuşturamama kararını yeniden değerlendirmesi için Ön İnceleme Dairesi'nden talepte bulunulabilir⁹². Ön İnceleme Dairesi'nin kendisi de, soruşturmanın hangi yolla başlatıldığı fark etmeksizin, savcıdan bu kararını yeniden değerlendirmesini isteyebilir.

C. KOVUŞTURMA AŞAMASI

Ön İnceleme Dairesi tarafından kabul edilen iddianame ile birlikte dava açılmış olur ve dosya Yargılama Dairesi'nin önüne gelir. Yargılama ve kanun yolu sürecinde UCM savcısı iddia makamını temsil eder ve sanığın karşısında yer alır.⁹³

Bu aşamada mahkeme Kıta Avrupası Hukuk sistemine hakim olan resen araştırma ilkesine uygun olarak maddi gerçeğin bulunması için gerekli gördüğü bütün delillerin toplanmasını talep edebilir (Roma Statüsü m. 69/3). Fakat Roma Statüsü m. 65/5 ortak hukuk sisteminin bir kurumu olan savcı-sanık pazarlığı (guilty plea) kurumunu da kabul etmiştir. Ama mahkemenin böyle bir anlaşma ile bağlı olmadığı da aynı hükümde düzenlenmiştir⁹⁴.

Hem sanık hem de savcı Yargılama Dairesi'nin verdiği hükmü usul ve esasa dair gerekçeler ile kanun yoluna götürebilir (Roma Statüsü m. 81/1). Sanık ve onun lehine olarak savcı hükmün güvenilirliğini ve adalete uygunluğunu etkileyen herhangi bir nedeni kanun yolu için gerekçe gösterebilir (Roma Statüsü m. 81/1-b). Son husus Ortak Hukuk sisteminin bir etkisi olarak değerlendirilmektedir⁹⁵.

Kenyatta davasında savcılığın talebiyle dava açıldıktan sonra, Kenyatta'nın devlet başkanı olmasından sonra davanın başlama tarihi ertelenmiş 5 Aralık 2014'te savcılık Kenyatta hakkındaki suçlamaları geri çekmiştir. Yargılama dairesi savcılığın bu kararı üzerine Kenyatta hakkındaki yargılama sürecini 13 Mart 2015 tarihinde sona erdirmiştir⁹⁶.

⁹² Brubacher, s. 88.

⁹³ Ulusoy, s. 40.

⁹⁴ Satzger, s. 212.

⁹⁵ Satzger, s. 212.

⁹⁶ Tombul, 195-196.

SONUÇ

Uluslararası ceza hukukunun geldiği son aşama olan UCM, dünyanın pek çok yerinde gerçekleşen katliamların, ağır insan hakları ihlallerinin, savaş suçlarının ve fiziksel ve cinsel şiddetin cezасız kalmaması adına caydırıcılık potansiyeli taşıyan oldukça önemli bir yapıdır. Devletlerin egemen eşitliğine dayanan ve çok farklı çıkarların birbiriyle çatıştığı uluslararası toplumda böyle hassas bir yapının oluşturulması konusunda uzlaşılması ve uluslararası hukukta işlenebilecek en ağır suçları yargılama yönünde güçlü bir duruş sergilenmesi oldukça önemlidir.

Mahkeme'nin etkinliğinin en önemli koşullarından biri olan savcılık kurumunun bağımsızlığı ve gerçeği bulma noktasında sahip olduğu yetki ve imkânlar yeterince güçlü değildir. Savcının yetkileri, politik kaygılar nedeniyle birçok engelle çevrelenmiş ve kısıtlamalara tabi tutulmuştur. Özellikle Güvenlik Konseyi'nin Roma Statüsü m. 16 ile sahip olduğu erteleme yetkisi tek başına savcıyı tamamen pasifize etmek için yeterlidir.

Bunun dışında taraf devletler tam bir işbirliği yükümlülüğünü kabul etmişlerse de, uygulamada özellikle suçluların yakalanması ve teslimi konusunda ciddi sıkıntılar yaşanmaktadır. Ulusal egemenlik ilkesi karşısında şu an bu durumu çözebilecek etkin bir çözüm de maalesef bulunmamaktadır.

Bütün eksiklerine ve sıkıntılara rağmen UCM dünya barışı için güçlü bir umuttur. Bu umudun korunması ve gerçeğe dönüştürülmesi için milliyeti ne olursa olsun bütün barışsever insanlara sesini yükselterek bu ideali dile getirme ve önemi konusunda bilinçlendirme anlamında büyük görev düşmektedir.

KAYNAKÇA

- Aksar, Yusuf, "Uluslararası Ceza Mahkemesi ve Amerika Birleşik Devletleri", *AÜHF Dergisi*, C. 52. S. 2. Y. 2003, s125-139.
- Aust, Anthony. *Handbook of International Law*, 2. Edition, Cambridge University Press, Cambridge, 2010.
- Bassiouni, M. Cherif/ William A. Schabas. *The Legislative History of the International Criminal Court*, Vol. 1, 2. edition. Brill, 2016.
- Brubacher, Matthew R. "Prosecutorial Discretion within the International Criminal Court", *Journal of International Criminal Justice*, V. 2, I.1, Y. 2004, p. 71-95.

- Cassese, Antonio. *International Criminal Law*, Oxford University Press, 2. Edition, 2003.
- Combs, Nancy Amoury. *Guilty Pleas in International Criminal Law: Constructing a Restorative Justice Approach*, Stanford University Press, 2007.
- Heller, Kevin Jon/Dubber, Markus. *The Handbook of Comparative Criminal Law*, Stanford Law Book, Stanford, 2011
- Kurşun, Günel. 101 *Soruda Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 201.
- Nouwen, Sarah M. H./Werner, Wouter G. “Doing Justice to the Political: The International Criminal Court in Uganda and Sudan”, *The European Journal of International Law*, Vol. 21, 2001, s. 941-965.
- Roma Statüsü (Orijinal Metin),
https://treaties.un.org/doc/Treaties/1998/07/19980717%200633%20PM/Ch_XVIII_10p.pdf (Erişim Tarihi: 12.05.2022)
- Satzger, Helmut. *International and European Criminal Law*, Nomos Verlag, München, 2012.
- Schabas, William A. *An Introduction to International Criminal Court*, 2nd Edition, Cambridge University Press, Cambridge 2004.
- Tombul, Didem. “Roma Statü’sünün 20. Yılında Uluslararası Ceza Mahkemesi”, *Suç ve Ceza Dergisi*, Sayı 4, Yıl: 2018, s. 129-168.
- Topal, Ahmet Hamdi. “Uluslararası Ceza Mahkemesinin Mavi Marmara Kararı Ve Kararın Uluslararası Hukuk Açısından Değerlendirilmesi”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Prof. Dr. Mehmet Akif Aydın’a Armağan, Yıl: 2015, c. 21, Sayı 2 (Özel Sayı), s. 481-508.
- Turone, Giuliano. *Powers and Duties of the Prosecutor*, içinde der. Cassese, Antonio/ Gaeta, Paola /Jones, JohnR.W.D., *The Rome Statute the International Criminal Court: A Commentary*, Cilt 2, 2002.
- Ulusoy, Orçun. *Uluslararası Ceza Mahkemesi*, İnsan Hakları Gündemi Derneği, Ankara, 2008.

KULLANMA ZİMMETİ

Irmak KORUCULU¹

Öz

Zimmet suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde m. 247'de; "*Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu mal kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Zimmet suçu ile hem kamu görevlilerine karşı duyulan güven hem de kamu idaresinin işleyişinin korunması amaçlanmaktadır. Ayrıca, bu suç ile devletin ve bireylerin mali hakları da korunmaktadır.

Zimmet suç yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden özgü suçtur. Bu suçun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz her çeşit mal oluşturmaktadır. Bu mal kamu görevlisinin görevi nedeniyle elinde bulundurduğu veya gözetim ve koruması açısından görevli olduğu bir mal olabilir. TCK m. 247'ye göre suçun fiil unsuru; kamu görevlisinin kamu görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilen ya da koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan malı kendisinin ya da üçüncü bir kişinin zimmetine geçirmesidir.

TCK m. 247/3'te "kullanma zimmeti" düzenlenmiştir. Fail, kamu görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilen eşyayı tam manasıyla kendi malvarlığına eklemeyip iade etme düşüncesiyle yalnızca geçici bir süre kullanmış ise bu durumda kullanma zimmeti söz konusu olacaktır. Kullanma zimmetinden söz edebilmek için önemli olan malvarlığı değerinin ne kadar süre ile failde kaldığı değil, failin suçun konusu değeri kullanma şeklidir. Ancak kullanmanın uzun süreli olması failin kastının malın iadesine yönelik olup olmadığı noktasında duraksamaya neden olabilecektir. Kullanma zimmetinde her ne kadar fail suç konusu eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunsada bu eşyayı iade etme niyeti bulunmaktadır. Kullanma zimmetinden bahsedilebilmesi için failin zimmete geçirme fiilinin geçici olması gerekmektedir. Aksi takdirde fail, zimmet suçunun temel halinden (TCK m. 247) sorumlu olacaktır.

Kullanma zimmeti bakımından failin görevi gereği elinde bulundurduğu malı bir süre kullanıp soruşturma başlamadan önce iade etmesi halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulama alanı bulup bulamayacağı

¹ Dr. Öğretim Üyesi, Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, irmakkoruculu@sakarya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-2112-5094.

hususunun ortaya koyulması gerekmektedir. Bu çalışmada da kullanma zimmeti açıklandıktan sonra etkin pişmanlık kurumu ile olan ilişkisi açıklanmaya çalışılacaktır.

Anahtar kelimeler: Zimmet suçu, kullanma zimmeti, etkin pişmanlık, cezai sorumluluk, kast.

EMBEZZLEMENT TO USE

Abstract

Embezzlement crime; In the first part of the fourth part titled “Crimes Against the Nation and the State” of the Turkish Penal Code No. 5237, titled “Crimes Against the Reliability and Functioning of the Public Administration”, in article 247; “A public official whose possession has been transferred to him due to his duty or who embezzles the property that he is obliged to protect and supervise is punished with imprisonment from five years to twelve years.” formatted.

With the crime of embezzlement, it is desired to protect both the honesty of public officials, the trust placed in these people and their commitment to public office, as well as the functioning of the public administration and the financial benefits of the state. In addition, the trust in the state organs of the society and the public officials representing these bodies is also preserved.

Embezzlement is a specific crime as it can only be committed by a public official. The subject of this crime is all kinds of property, both movable and immovable. This property may be a property that a public official holds due to his duty or that he is in charge of surveillance and protection. According to article 247 of the Turkish Penal Code, the act element of the crime; It is the embezzlement of the property of a public official, whose possession has been transferred to him due to his public duty, or that he has the obligation to protect and supervise, himself or a third person.

The embezzlement to use is regulated in article 247/3 of the Turkish Penal Code. If the perpetrator has only used the property for a temporary period of time with the thought of not adding it to his own assets, but returning it, the possession of which has been transferred to him due to his public duty, then there will be embezzlement to use. In order to be able to talk about embezzlement, what is important is not how long the asset value remains with the perpetrator, but the way the perpetrator uses the value that is the subject of the crime. However, the long duration of use may cause hesitation at the point of whether the perpetrator's intent is for the return of the goods. In the embezzlement to use, although the perpetrator makes a disposition on the crime subject as the owner, he has the intention to return this item. In order to talk about embezzlement to use, the perpetrator's act of embezzlement must be temporary. Otherwise,

article 247 of the Turkish Penal Code will be responsible for the basic state of the crime of embezzlement.

In terms of embezzlement to use, it should be revealed whether the provisions of active repentance can be applied if the perpetrator uses the property he has held for a period of time and returns it before the investigation begins. In this study, after the embezzlement to use is explained, its relationship with the active repentance institution will be tried to be revealed.

Keywords: Embezzlement crime, embezzlement to use, active repentance, criminal liability, intent.

I- ZİMMET SUÇUNA İLİŞKİN GENEL AÇIKLAMALAR

Zimmet suçu; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Millete ve Devlete Karşı Suçlar" başlıklı dördüncü kısmının "Kamu İdaresinin Güvenirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar" başlıklı birinci bölümünde m. 247'de; "*Görevi nedeniyle zilyedliği kendisine devredilmiş olan veya koruma ve gözetimiyle yükümlü olduğu malı kendisinin veya başkasının zimmetine geçiren kamu görevlisi, beş yıldan oniki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.*" şeklinde düzenlenmiştir.

Zimmet suçu ile korunması amaçlanan hukuki değer ne olduğu konusunda doktrinde farklı görüşler bulunmaktadır. Bir görüşe göre bu suçla; hem kamu görevlilerinin dürüstlüğü, bu kişilere karşı duyulan güven ve bu kişilerin kamu görevine olan bağlılıkları hem de kamu idaresinin işleyişi ve devletin mali yararları korunmak istenmektedir². Bir başka görüşe göre; suçla korunan hukuki değer; toplumun devlet organlarına ve bu organları temsil eden kamu görevlilerine duyduğu güvendir. Çünkü kamu görevlisinin kamu görevi gereği uhdesinde bulunan eşya üzerinde zimmet fiili gerçekleştirmesi, toplum nezdinde o eşyanın mülkiyetinin kamu görevlisine geçmesi bakımından değil devletin işleyişine duyulan güven bakımından sorunlara yol açmaktadır³. Bir görüşe göre ise; bu suç ile kamu idaresinin güvenilirliği korunmaktadır. Zimmet suçunu işleyen fail kendisine duyulan güveni kötüye kullanarak devletin mali çıkarlarını ihlal etmekte ve bu şekilde toplumda kamu görevlilerine duyulan güveni sarsmaktadır⁴.

² Tezcan, Durmuş/ Erdem, M. Ruhan/Önok, R. Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Ankara, 2021, s. 1250; Okuyucu Ergün, Güneş, *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008, s. 68, Koca, Mehmet Reis, *Zimmet İrtikap Rüşvet Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 29. Yaşar, Osman/Gökcan, Hasan Tahsin/Artuç, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 5. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, 7439.

³ Özbek, Veli Özer/ Doğan, Koray/ Bacaksız, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, 2021, s. 1040, Meran, Necati, *Zimmet Rüşvet İrtikap Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Seçkin Yayıncılık, 3. Baskı, Ankara, 2014. Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/Alşahin, Mehmet Emin/Çakır, Kerim. *Ceza Hukuku özel hükümler*, 17. Bası, 2018, s. 903.

⁴ Centel, Nur. "Zimmet Suçu (TCK m.247)", *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN'a Armağan, C.21, Özel Sayı, 2019, s. 2785.

Zimmet suçu yalnızca kamu görevlisi tarafından işlenebildiğinden, özgü suçtur⁵. Fail belirlenirken TCK m. 6/1-c'deki kamu görevlisi tanımı dikkate alınacaktır. Kamu görevlisi olmayan kişiler, failin kamu görevlisi olduğunu bilmeleri halinde bu suça iştirak edebilirler⁶. Kamu görevlisi olmayan kişilerin, muhafaza etmek veya belirli bir şekilde kullanmak üzere zilyetliği kendisine devredilmiş olan mal üzerinde, kendisinin veya başkasının yararına olarak, zilyetliğin devri amacı dışında tasarrufla bulunması veya bu devir olgusunu inkar etmesi halinde TCK m. 155'te düzenlenen güveni kötüye kullanma suçu oluşacaktır.

Bu suçun konusunu hem taşınır hem de taşınmaz her çeşit mal oluşturmaktadır⁷. Zimmet suçunun konusunu oluşturan bir maldan bahsedilebilmesi için bu malın ekonomik bir değerinin bulunması gerekmektedir. Bu bağlamda ekonomik değere sahip eşyanın zimmet suçunun konusunu oluşturabilmesi için bir diğer koşul ise; bu eşyanın kamu görevlisine kamu görevi nedeniyle teslim edilmesidir⁸. Bu malın kamu görevlisinin görevi gereği elinde bulunan bir mal olması zorunlu olmayıp, kamu görevlisinin gözetim ve korunması ile görevli olduğu bir mal da suçun konusunu oluşturabilir⁹. Failin görevi ile malın kendisine teslimi arasında illiyet bağı olmalıdır. Bu yüzden görevi gereği zilyetliği kendisinde bulunmayan bir malı hukuka aykırı olarak alan kişi zimmet suçunu işlemiş sayılmayacağından koşulların oluşması halinde bu kişi hırsızlık suçundan cezalandırılabilir¹⁰.

⁵Tezcan/Erdem/Önok, s. 1250; Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1042, Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7440. Hafizoğulları, Zeki/ Eşitli, Ezgi Aygün. Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar, Ankara, 2014, s. 11. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 909.

⁶ Centel, s. 2785.

⁷ Gerekçe. Centel, s. 2787. Aynı yönde Yargıtay CGK., E. 2015/284 K. 2018/384 T. 27.9.2018. Taşınmazın, bu suçun konusunu oluşturamayacağına ancak taşınmazdan ayrılabilen şeyler, ürün ve taşınmazdan elde edilen iradın suçun maddi konusunu oluşturabileceği görüşüne ilişkin bkz. Hafizoğulları/Eşitli, s. 13.

⁸ Tuğrul, Ahmet Ceylani, *Öğreti ve Uygulamada Zimmet Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013, s. 183, Akçin, İhsan, *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007, s. 39.

⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1041, Centel, s. 2789, Koca, Mahmut /Üzülmez, İlhan, *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, 2021, s. 885.

¹⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1257. Doktrinde, zimmet suçunun konusunu oluşturan malın mutlaka kanundan kaynaklanan bir görev sonucunda kamu görevlisine devredilmiş olması gerektiği ifade edilmektedir. Hafizoğulları/Eşitli, s. 15.

TCK m. 247'ye göre zimmet suçunun fiil unsuru; kamu görevlisinin kamu görevi nedeniyle zilyetliği kendisine devredilen ya da koruma ve gözetim yükümlülüğü bulunan malı kendisinin ya da üçüncü bir kişinin zimmetine geçirmesidir¹¹. Zimmete geçirme hem öğretideki genel kabule hem de madde gerekçesine göre; bir mal üzerinde sadece malikin yapabileceği tasarruf işlemlerinin gerçekleştirilmesidir¹². Başka bir deyişle, zimmet suçunu işleyen fail kendisine görevi gereği verilen eşya üzerindeki zilyetliğini mülkiyete çevirmektedir¹³.

Zimmet suçunun oluşabilmesi için kamu görevlisine yine kamu görevinin bir gereği olarak zilyetliği devredilmiş ya da kamu görevlisinin koruma ve gözetim yükümlüsü olduğu bir mal mevcut olmalıdır¹⁴. Bununla birlikte kamu görevlisi tarafından zimmete geçirilen malın kamuya ait olmasına gerek yoktur. Özel kişilere ait mallar da zimmet suçunun konusunu oluşturabilir. Ancak bu noktada önemli olan malın faile görevi nedeniyle verilmiş olmasıdır¹⁵. Kamu görevlisine tevdi edilmiş olan eşyanın geçici ya da sürekli olarak verilmiş olması suçun meydana gelmesi bakımından herhangi bir özellik arz etmez. Önemli olan, failin suçun işlendiği esnada yetkili olmasıdır¹⁶.

Kanunumuzdaki düzenlemeye bakıldığında zimmet suçunun oluşabilmesi için ya failin zilyetliğine verilen bir malı ya da koruma ve gözetim yükümlülüğü olan bir malı zimmetine geçirmiş olması gerekmektedir. Koruma ve gözetim yükümlülüğü olan malın da suçun konusu kapsamında kabul edilmesi ile birlikte zilyetliğin devrinin niteliği genişletilmiştir¹⁷. Koruma ve gözetim yükümlülüğü failin görevi gereği egemenlik alanı içerisinde bulunan değerleri kapsamaktadır. Koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunan bu değer, faile özellikle tevdi edilmemiş olsa da failin görevi sebebiyle koruması ve gözetim altında bulundurması gereken mal da zimmet suçunun konusunu

¹¹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1048.

¹² Centel, s. 2789.

¹³ Gülşen, s. 52.

¹⁴ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1253-1254.

¹⁵ Yaşar/Gökcan/Artuç, S. 7444.

¹⁶ Artuk/Gökçen/Yenidünya, s. 7061.

¹⁷ Koca, s. 71.

oluşturmaktadır. Failin genel olarak koruma ve gözetim ile görevlendirilmiş olması yeterli olup özel olarak o mal bakımından görevlendirilmiş olması aranmaz¹⁸.

II- KULLANMA ZİMMETİ

Kullanma zimmeti, TCK m. 247/3'te; *"Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanıldıktan sonra iade edilmek üzere işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranına kadar indirilebilir."* şeklinde düzenlenmiştir. Buna göre; kullanma zimmetinden bahsedilebilmesi için kamu görevlisinin, görevi gereği zilyetliği kendisine bırakılmış veya koruma ve gözetim yükümlülüğü altında bulunduğu malı, mal edinme amacı taşımaksızın geçici bir süre kullanmak ve ardından iade etmek üzere zimmetine geçirmesi gerekmektedir¹⁹. Bir başka deyişle, kullanma zimmetinde fail, görevi gereği kendisine teslim edilen malı, kendisi veya bir başkası²⁰ için geçici olarak kullanmaktadır. Burada failin mal edinme kastı bulunmamaktadır²¹.

Fail, kamu görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilen eşyayı tam manasıyla kendi malvarlığına eklemeyip iade etme düşüncesiyle yalnızca geçici bir süre kullanmış ise bu durumda kullanma zimmeti söz konusu olacaktır. Failin malı mülkiyetine geçirme amacına sahip olmaması failin daha hafif cezalandırılmasına neden olmaktadır²². Başka bir deyişle, kullanma zimmetinde zimmete geçirme fiili geçici bir nitelik taşımaktadır²³.

Kullanma zimmeti, zimmet suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali olup²⁴ bağımsız bir suç olarak nitelendirilemez. Kullanma zimmetinin cezası suçun temel şekline göre belirlenen temel ceza üzerinden yapılacak indirim sonucunda tespit edilecektir²⁵. Buna göre; kullanma zimmetinin söz konusu

¹⁸ Gökcan, s. 326.

¹⁹ Akkaş, Ahmet Hulusi/Akpınar, Eren, "Kullanma Zimmeti", *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, Y. 2021, Sa. 2, s. 473.

²⁰ Hafizoğulları/Eşitli, s. 21. Artuk/Gökçen/Alşahin/Çakır, s. 918.

²¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1063.

²² Centel, s. 2794.

²³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1053.

²⁴ Okuyucu Ergün, s. 124.

²⁵ Centel, s. 2794, Akkaş/Akpınar, s. 476.

olabilmesi için zimmet suçunun temel şekline ait tüm unsurların oluşması gerekmektedir. Kullanma zimmetinin failin fiili işlediği sırada güttüğü amaç ve suçun konusu gibi unsurlar göz önünde bulundurularak zimmet suçunun daha az haksızlık meydana getiren bir şekli olduğu söylenmektedir²⁶. Aksi bir görüşe göre; kullanma zimmeti cezayı azaltan bir neden görünümünde olmakla birlikte fiil ve kusur unsuru farklı olduğundan zimmet suçunun özel bir görünümüdür²⁷.

Zimmet suçunun temel şekli bakımından fail görevi gereği kendisine verilen eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabilmekte ise de kullanma zimmetinde her ne kadar fail suç konusu eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulursa da bu eşyayı iade etme niyeti bulunmaktadır²⁸. Kullanma zimmetinden bahsedilebilmesi için failin zimmete geçirme fiilinin geçici olması gerekmektedir. Aksi takdirde fail, zimmet suçunun temel halinden (TCK m. 247) sorumlu olacaktır²⁹.

Kullanma zimmetinden söz edebilmek için önemli olan malvarlığı değerinin ne kadar süre ile failde kaldığı değil, failin suçun konusu olan malvarlığı değerini kullanma şeklidir³⁰. Suçun konusu olan mal, kısa süreli olarak kullanılmasına rağmen, özgülenmiş olduğu amaçtan tamamen çıkarılmışsa, bu malın fail tarafından kullanılmış olması kamu idaresinin faaliyetlerini engellemiş veya zorlaştırmışsa artık TCK m. 247/3 değil, m. 247/1 uygulama alanı bulmalıdır³¹. Ayrıca kullanmanın ne kadar sürdüğü önemli olmamakla birlikte, uzun süreli olması failin kastının malın iadesine yönelik olup olmadığı noktasında duraksamaya neden olabilecektir³².

Bu suç genellikle tüketilebilir veya harcanabilir nitelikteki misli mallar üzerinde işlenebilmekte ise de suçun misli olmayan

²⁶ Akkaş/Akpınar, s. 476.

²⁷ Hafizoğulları/Eşitli, s. 21.

²⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1053.

²⁹ İtişgen, Rezzan, "Türk Ceza Hukukunda Zimmet Suçu", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 71, S. 1, s. 651.

³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1264, Gökcan, Hasan Tahsin, Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008, s. 339. Hafizoğulları/Eşitli, s. 21.

³¹ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1264, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1053.

³² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1054.

herhangi bir mal üzerinde de işlenebileceği kabul edilmektedir. Buna göre; bir kamu görevlisinin, görevi gereği zilyetliği kendisine bırakılmış olan bir aracı mesai saatleri dışında kiralayarak para elde etmesi halinde de kullanma zimmeti oluşacaktır. Bu durumda suçun konusunun, kullanma suretiyle zimmete geçirilen malın kendisi değil, failin kiralama sonucu elde ettiği nema olduğu kabul edilmektedir³³. Bu noktada her ne kadar para üzerinde kullanma zimmetinin söz konusu olamayacağı, suçun konusunun para olması halinde zimmet suçunun oluşacağı ifade edilmekte³⁴ ise de Yargıtay'ın, konusu para olan zimmet fiilleri bakımından da kullanma zimmetinin varlığını kabul ettiği kararları bulunmaktadır³⁵. Yargıtay'ın uygulamasında suçun konusu, kullanma suretiyle zimmete geçirilen malın kendisi olmayıp failin bundan elde ettiği nema olduğundan³⁶, kullanma zimmetinde zimmete geçirilen malın para olması halinde de suçun konusunun aynı şekilde bu paradan elde edilen nema olduğu kabul edilmektedir. Nemanın, failin kendisi veya üçüncü kişi için elde edilmesi suçun oluşması bakımından önemli değildir³⁷. Kanaatimizce kullanma zimmetinde suçun konusunun nema olarak

³³ "Oluş dosya kapsamı ve mevcut delillere nazaran suç tarihlerinde İlçe Kaymakamı olması sebebiyle aynı zamanda B.. İlçesi Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfı Başkanlığı görevini de yürüten sanığın Vakfa ait hesaptan 12/08/1999 tarihinde 17.500.000.000 lirayı çektiirip, Kentbank'taki kredi borcuna yatırdığı bilahare hakkında herhangi bir ihbar, soruşturma veya kovuşturma olmadan 02/09/1999 ve 13/09/1999 tarihlerinde hesaba iade ettiği sabit olan olayda; Vakıflar Kanunundan ayrı özel kendi kuruluş yasası olan 3294 sayılı Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışmayı Teşvik Kanununa göre kurulan Sosyal Yardımlaşma ve Dayanışma Vakfının; anılan Yasanın 1 ve 7/1. maddelerinde yer alan "sosyal yardımlaşma ve dayanışmayı teşvik etmek, ihtiyaç sahibi vatandaşlara nakdi ve ayni yardımda bulunmak" amaçları nazara alındığında faaliyetlerinin kamusal faaliyet niteliğinde olduğu, Yasanın 4 ve 8. maddelerinde sayılan vakfın gelirleri arasında genel bütçeden ayrılan ödenek ve hasılatlar da bulunduğu, keza 3294 sayılı Yasanın 7/2. maddesine göre mülki idare amirlerinin sıfatları gereği vakfın tabii başkanı olup, müteveli heyetinde yer aldığı, yasa kaynaklanan bu görevinden dolayı sanığın kamu görevlisi olarak kabulünde zorunluluk bulunduğu ve bu itibarla eyleminin kullanma zimmeti suçunu oluşturacağı gözetilip söz konusu paranın nema miktarı hesap ettirilerek sanığın zimmet tutarı belirlenip, lehe yasaya göre bir hüküm kurulması yerine yanlış nitelendirme ile yazılı şekilde hüküm tesisi," Yargıtay 5. CD., E. 2012/6205 K. 2013/4362 T. 2.5.2013.

³⁴ Hafizoğulları/Eşitli, s. 22.

³⁵ "Mahkemece sanığın eylemi kullanma zimmeti olarak kabul edilip buna göre hüküm kurulmasına rağmen, sanığın uhdesinde tuttuğu paradan, paranın hesaplardan çekildiği tarihler ile yatırıldığı tarihler arasında, sağlayacağı nema miktarı hesaplatılarak bulunacak tutarın zimmet miktarı olarak belirlenmesi..." Yargıtay 5. CD., E. 2011/5268 K. 2013/35 T. 07.01.2013.

³⁶ Akkaş/Akpınar, s. 474.

³⁷ Akkaş/Akpınar, s. 474.

kabul edilmesinin bazı sakıncaları bulunmaktadır. Öncelikle, suçun konusu fiilin üzerinde gerçekleştiği “şey” olup kullanma zimmeti bakımından da (suçun temel şeklinde olduğu gibi) konu, failin malikmiş gibi tasarrufta bulunduğu, görevi gereği uhdesinde bulunan maldır. Ayrıca, fiilin kullanma zimmeti olarak kabul edilebilmesi bakımından failin suçun konusunu oluşturan maldan bir gelir elde etmesi de zorunlu değildir.

Zimmet suçu, suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla ortaya çıkabileceğinden, kullanma zimmetinin oluşması bakımından da kullanmanın malikin bulunabileceği bir tasarruf niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de her somut olay bakımından kullanmanın zimmeti oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerekmektedir³⁸. Bu noktada örneğin; kamu görevlisinin kamu görevini yerine getirmesi amacıyla kendisine teslim edilen bilgisayarı evinde bir süre kullandıktan sonra iade etmesi durumunda, bir görüşe göre; malik gibi tasarrufta bulunma koşulu gerçekleşmediğinden zimmet suçu oluşmayacaktır³⁹. Zira kullanma zimmetinin oluşması bakımından da malik gibi tasarrufta bulunma kriterinin gerçekleşmesi gerekmektedir⁴⁰. Ancak bizim de katıldığımız aksi görüşe göre; bu halde de kullanma zimmeti söz konusu olmaktadır⁴¹.

Fiilin kullanma zimmeti olup olmadığının tespiti bakımından önemli olan failin kastıdır. Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp iade edilmek üzere alınması halinde kullanma zimmeti; failin mal edinme kastının söz konusu olduğu durumda ise zimmet suçunun temel şekli oluşmaktadır. Bu anlamda kullanma zimmetinde failin kullanıp iade etme niyetinin, özel kast niteliğinde olduğu ifade edilmektedir⁴². Failin kastının tespit edilmesi noktasında şüpheye düşülmesi halinde “şüpheden sanık yararlanır” ilkesi gereğince kullanma zimmetine göre değerlendirme yapılması gerektiği ifade edilmektedir⁴³.

³⁸ Gerekçe

³⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1054.

⁴⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1053.

⁴¹ Hafizoğulları/Eşitli, s. 21. Okuyucu Ergün, s. 118.

⁴² Okuyucu Ergün, s. 119.

⁴³ Akkaş/Akpınar, s. 479.

Kullanma zimmetinin söz konusu olabilmesi için failin zimmetine geçirdiği malı iade etme imkanına sahip olması yeterli olmayıp ayrıca bu malı belli bir süre kullanıp iade etme niyetinin olması gerekmektedir⁴⁴. Bu hususta bir görüşe göre; failin malı iade etme amacıyla almış olması failin kullanma zimmeti olarak kabul edilebilmesi bakımından yeterli olup iadenin yapılmış olması aranmaz⁴⁵. Geçici olarak kullanıldıktan sonra iade edilmek amacıyla alınan mal fail tarafından iade edilmeden önce bu fiil fark edilmişse dahi kullanma zimmeti olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Buna göre; malın failin kusuru söz konusu olmaksızın henüz iade edilmemiş olması halinde fiil zimmet suçu olarak değerlendirilemez. Ancak, failin başlangıçta iade etmek üzere almış olduğu malı iade etmekten vazgeçmesi halinde artık fiili TCK m. 247/1 kapsamında zimmet suçunun temel şekli oluşacaktır⁴⁶. Bir görüşe göre; zimmet fiilinin anlaşılması nedeniyle malın iade edilmesi halinde failin zimmet suçunun temel şeklinden sorumlu tutulması gerekmektedir⁴⁷. Başlatılan soruşturma sonucunda iadenin yapılması halinde ise, TCK m. 248'de düzenlenen etkin pişmanlık hükümleri uygulanacak olup temel ceza TCK m. 247/3'e göre değil, TCK m. 247/1'e göre belirlenmelidir⁴⁸. Benzer şekilde failin en başından itibaren iade

⁴⁴ Koca/Üzülmez, s. 979.

⁴⁵ Akkaş/Akpınar, s. 477.

⁴⁶ Centel, s. 2795, Okuyucu Ergün, s. 120. Aynı yönde Akkaş/Akpınar'a göre; kullanılıp iade edilmek üzere alınan malın, iadesi gerçekleşmemişse olsa dahi kullanma zimmeti oluşmaktadır. Bu durumda iadenin gerçekleşmesi failin cezasında etkin pişmanlık hükümleri gereğince yapılacak indirim bakımından göz önünde bulundurulacaktır. Akkaş/Akpınar, s. 477.

⁴⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1064, İtişgen, s. 651.

⁴⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1054. "Sanığın Malazgirt Adliyesinde icra müdürü olarak görev yaptığı, icra hakimi ve Cumhuriyet savcısı tarafından yapılan olağan denetimde icra kasasında 4.113,35 Lira açık tespit edildiği, sanığın bu sırada alınan beyanında internet üzerinden oynadığı bahis oyunlarında kaybettiği parayı icra müdürlüğü kasasında bulunan paradan yatırdığını beyan ettiği, sanığın aldığı parayı kapatmak amacıyla bankadan kredi çekerek açığı kapattığı, bu nedenle 08.05.2006 tarihinde yapılan olağan denetimde kasa açığının bulunmadığı, bu denetimden sonra da bahis oyunları oynamaya devam eden sanığın denetimin yapıldığı 14.06.2006 tarihine kadar peyder pey icra kasasında bulunan parayı zimmetine geçirdiği ve suça konu parayı kendiliğinden iade etmediği gözönüne alındığında, sanığın eyleminin kullanma zimmeti niteliğinde olmadığını kabulü gerekmektedir. Sanığın, 08.05.2006 tarihinden önce zimmetine geçirdiği parayı, sonradan pişman olarak bankadan kredi çekmek suretiyle kapatmış olması ve bu tarihten sonra da bahis oyunları oynamaya devam etmek üzere icra kasasından zimmetine geçirdiği parayı iade edeceğini savunması da eylemin TCK'nun 247/1 maddesinde düzenlenen zimmet suçunun basit şeklini oluşturduğu gerçeğini değiştirmeyecektir.

etme niyeti yoksa, daha sonra malı iade etmesi fiili kullanma zimmeti haline getirmez⁴⁹. Baştan itibaren malı iade etme niyeti olmayan failin zimmete geçirme fiilinden sonra malı iade etmesi halinde etkin pişmanlık hükümleri göz önünde bulundurulabilecektir.

Öğretide failin kastının iadenin yapıldığı zamana göre belirlenmesinin, bir gösterge niteliğinde olmakla birlikte, ceza adaleti ile bağdaşmayacağı ifade edilmektedir⁵⁰. Gerçekten de kullanma zimmetinin kabulü bakımından önemli olan failin maksadı olduğundan, bir süreliğine kullanıp iade etme niyetiyle malın zimmete geçirilmesi halinde kullanma zimmeti söz konusu olup kişinin bu niyetle zimmetine geçirdiği malı henüz iade edmeden fiilin ortaya çıkması halinde de kullanma zimmetinin oluştuğunu kabul etmek gerektiği söylenebilirse de bu kabul TCK m. 248/1 kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması ihtimalini ortadan kaldırmakta, kullanma zimmeti ile birlikte etkin pişmanlık hükümlerinin de uygulanması halinde ise cezayı etkisiz kılmaktadır. Örneğin; failin vadesi gelen bir borcu ve kendisinin de bir hafta sonra vadesi gelecek bir alacağı olsun, bu örnekte kamu görevlisinin borcunu ödemek için bir hafta sonra iade etmek üzere kamu görevi nedeniyle uhdesinde bulunan parayı kullandığı örnekte, failin fiilinin üç gün sonra yani henüz ödemeyi yapamadan ortaya çıkması halinde fiilin m. 247/1 kapsamında değerlendirilmesinin bu fail bakımından hakkaniyete aykırı sonuçlar doğuracağı açıktır. Ancak özellikle suçun konusunun para olduğu durumlarda fiil ortaya çıktıktan sonra yapılan iadelerin tamamının da kullanma zimmeti kapsamında değerlendirilmesi de ceza politikası bakımından uygun değildir. Özellikle de failin kastının tespit edilememesi halinde şüpheden sanık yararlanır

Bu itibarla, Özel Daire tarafından sanığın eyleminin TCK'nun 247/3 maddesi kapsamında kullanma zimmeti olarak kabul edilmemesinde bir isabetsizlik bulunmadığından, Yargıtay C.Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmelidir." Yargıtay CGK., E. 2012/1274 K. 2013/33 T. 29.1.2013.

⁴⁹ Okuyucu Ergün, s. 119.

⁵⁰ Akkaş/Akpınar, s. 479. Yazarlara göre; örneğin, geçici bir süre kullanıp iade etmek üzere alınan bir malın, alındığı tarihin ertesi günü gerçekleştirilen denetimde ortaya çıkmasından dolayı failin zimmet suçunun temel şeklienden cezalandırılması kabul edilemeyeceği gibi, mal edinmek amacı olmasına rağmen zimmete geçirmenin hemen sonrasında durumun tespit edilmesi nedeniyle failin kullanma zimmetinden sorumlu tutulması da kabul edilemez.

ilkesi uygulanarak⁵¹ fiilin kullanma zimmeti olarak kabul edilmesi, suçun konusunu tamamıyla malvarlığına ekleme niyetinin tam olarak tespit edilemediği her durumun kullanma zimmeti olarak kabul edilmesine neden olacaktır. Kanaatimizce bu kabul kullanma zimmetinin uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Bu nedenle de kanaatimizce failin kastının kullanmaya yönelik olduğu tespit edilmediği müddetçe kullanma zimmetinin varlığı kabul edilmemelidir. Ayrıca kullanma zimmetinin kabulü halinde zaten failin iade niyetinin varlığı kabul edildiğinden ayrıca etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamalıdır⁵². Ancak Yargıtay'ın kullanma zimmeti halinde de etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanabileceğine ilişkin kararları bulunmaktadır. Buna göre; kullanma zimmetinde failin etkin pişmanlık hükümlerinden yararlanabilmesi için elde ettiği nemayı da tamamen iade etmesi ya da tazmin etmesi gerekmektedir. Kullanma zimmetinde ele geçirilen değer para olması durumunda ise hem bu paranın tamamının ödenmesi hem de bu para sayesinde elde edilen gelirlerin de yine iade edilmiş olması aranmaktadır⁵³.

Kullanma zimmetinin konusu olan malın nereden alındıysa oraya iade edilmesi gerekmektedir. İadenin iradi olması gerekmekte olup kullanılıp iade edilmek amacıyla alınan mala, ceza soruşturması kapsamında el konulması iradi olmadığından iade olarak kabul edilemez⁵⁴.

TCK m. 247/2'deki; *"Suçun, zimmetin açığa çıkmamasını sağlamaya yönelik hileli davranışlarla işlenmesi halinde, verilecek ceza yarı oranında artırılır."* hükmü ile zimmet suçundan verilecek olan

⁵¹ Akkaş/Akpınar, s. 479.

⁵² Aynı yönde İtişgen, s. 655.

⁵³ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1072, Akkaş/Akpınar, s. 486. "4.682 TL'nin ödendiği dikkate alınarak sanığın 5,15 TL toplam nema bedelini ödeyip ödemedi araştırılarak ve ödeme iradesinin hangi aşamada ortaya çıktığı hususu üzerinde durularak 5237 sayılı TCK'nın 248. maddesinin uygulanması gerekip gerekmediğinin karar yerinde tartışılmaması" Yargıtay 5. CD., E. 2012/3875 K. 2013/2044 T. 20.3.2013. "07/01/2009-28/12/2009 tarihleri arasında belediyeye ait hesaptan 75 ayrı işlemle farklı zamanlarda çekmiş olduğu toplam 114.349,08 TL'yi 1 ila 197 gün sürelerle üzerinde tutarak kullandıktan sonra ilgili hesaba yatırması şeklindeki eylemin nitelikli zimmetin teselsülüne dahil kullanma zimmeti suç oluşturduğu, buna bağlı olarak bu süreler içinde elde ettiği nema miktarının bilirkişi arac saptanmasından sonra nema tutarının sanık tarafından belediyeye ödenip ödenmediği, varsa ödeme iradesinin zamanı hususu üzerinde durulmak suretiyle TCK'nın 248. maddesinin uygulanması gerektiği gözetilmeden eksik inceleme sonucu etkin pişmanlık indiriminin tatbiki," Yargıtay 5. CD., E. 2013/6756 K. 2014/11337 T. 24.11.2014.

⁵⁴ Okuyucu Ergün, s. 121, Centel, s. 2795.

cezanın arttırılmasını gerektiren nitelikli hal düzenlenmiştir. Bu düzenleme kullanma zimmeti bakımından da uygulama alanı bulmaktadır⁵⁵. Basit zimmet ile nitelikli zimmetin maddi unsurları aynı olmakla birlikte; nitelikli zimmetin oluşması için basit zimmet için gerekli maddi unsurlar yanında ayrıca zimmetin ortaya çıkmaması için hileli hareketlere başvurulması şartı aranmaktadır⁵⁶.

Bir görüşe göre; hileli davranışın suçun işlenmesinden önce ya da sonra gerçekleşmesi arasında fark bulunmamaktadır. Önemli olan zimmetin anlaşılmasının engellenmesi için hile kullanılmış olmasıdır⁵⁷. Bir diğer görüşe göre; bu hileli davranışların en geç suç tamamlanana kadar gerçekleştirilmiş olması gerekmektedir⁵⁸. Zimmet suçu gerçekleştirildikten sonra yapılan hileli davranışlar bu suçun nitelikli hali olarak değerlendirilemez⁵⁹.

5237 sayılı TCK döneminde 765 sayılı TCK döneminde aranan daire içerisindeki araştırma ile ortaya çıkabilecek nitelikte olup olmadığına ilişkin kıstas terkedilerek hileli davranışın zimmet suçunun ortaya çıkmamasına yönelik olması nitelikli zimmetin oluşması bakımından yeterli sayılmıştır⁶⁰. Ancak yine de zimmet

⁵⁵ "İ. M. Bayrampaşa Vezne Şefliğine bağlı Esenler veznesinde tahsilat görevlisi olarak görev yapan sanıklardan K. Ö.'in aboneler tarafından nakit olarak ödenen su paralarını doğrudan kurum hesabına yatırması gerekirken, 06/02/2007 ile 23/06/2009 tarihleri arasında 165 defada toplam 63.487 TL'yi kendi kredi kartından çektiği, S. S.'in aynı şekilde 27/02/2007 ile 16/07/2009 tarihleri arasında 50 defada toplam 30.493 TL'yi kendi kredi kartından çektiği, bu şekilde hileli davranışlarla gerçekleştirilen eylemlerinin kurum içi kaba bir inceleme ile ortaya çıkarılmasının mümkün olmadığı, ancak suç tarihlerinde kredi kartlarından İSKİ adına yapılan tahsilat dökümlerinin istenmesi üzerine ilgili bankalar tarafından gönderilen yazı cevapları ekindeki hesap dökümlerinin incelenmesi sonucunda yani daire dışı bilgi ve araştırmayla saptanabilmesi karşısında zincirleme nitelikli kullanma zimmeti suçlarını oluşturduğu nazara alınarak her bir aboneden nakit tahsilat tarihi ile bu abonelerin yatırmış oldukları bedelin, kurumun hesaplarına aktarım tarihi arasındaki süreler arasında sağlanan nema miktarlarının belirlenmesi suretiyle sanıkların ayrı ayrı mahkumiyetlerine karar verilmesi gerekirken oluşa uygun düşmeyen bilirkişi raporuna itibar edilmesi suretiyle yanılığlı değerlendirme sonucu yazılı şekilde beraet kararları verilmesi," Yargıtay 5. CD., E. 2013/6222 K. 2014/10114 T. 27.10.2014.

⁵⁶ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1066.

⁵⁷ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1066, Yaşar/Gökcan/Artaç, s. 7462.

⁵⁸ İtişgen, s. 650.

⁵⁹ Koca, s. 97.

⁶⁰ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1052.

suçunun ortaya çıkmaması için gerçekleştirilen hilenin ilk bakışta anlaşılmayacak, basit tarzda olmaması gerekmektedir⁶¹.

Kullanma zimmeti bakımından değerlendirilebilmesi gereken bir diğer husus malın değerinin azlığıdır. TCK m. 249'a göre; *"Zimmet suçunun konusunu oluşturan malın değerinin azlığı nedeniyle, verilecek ceza üçte birden yarıya kadar indirilir."* Zimmet suçunun konusu olan malın değerinin az olması halinde; fail hakkında uygulanacak cezada indirimle gidileceği düzenlenmiştir. Malın değerinin azlığı tespit edilirken önemli olan husus, malın değerinin suçun işlendiği ana bakılarak değerlendirilmesidir⁶². Malın değerinin azlığı ile bu suç nedeniyle ortaya çıkan zararın azlığı aynı şeyler değildir⁶³. Bir görüşe göre; zimmet suçu ile çıkan zararın fazla olması durumunda malın değeri az dahi olsa fail ceza indiriminden yararlanamaz⁶⁴.

Kullanma zimmetinde suçun konusu, failin maldan elde etmiş olduğu nema olarak kabul edildiğinde, malın değerinin azlığı tespit edilirken, kullanma zimmetine konu malın değeri değil; malın kullanımı ile elde edilen nemanın göz önünde bulundurulması gerektiği ifade edilmektedir⁶⁵.

Kullanma zimmeti açıklanırken, bu kurum ile etkin pişmanlık kurumu arasındaki ilişkiye de değinmek gerekmektedir. Zimmet suçuna ilişkin etkin pişmanlık hükmü TCK m. 248'de düzenlenmiştir. Buna göre;

"(1) Soruşturma başlamadan önce, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın üçte ikisi indirilir.

(2) Kovuşturma başlamadan önce, gönüllü olarak, zimmete geçirilen malın aynen iade edilmesi veya uğranılan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, verilecek cezanın yarısı indirilir. Etkin pişmanlığın hükümden önce gerçekleşmesi halinde, verilecek cezanın üçte biri indirilir."

⁶¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7460, Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1052.

⁶² Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1055.

⁶³ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1055.

⁶⁴ Okuyucu Ergün, s. 128.

⁶⁵ Akkaş/Akpınar, s. 482.

Zimmete zimmet konusu malın aynen iade edilmesi veya fiil nedeniyle ortaya çıkan zararın tamamen tazmin edilmesi halinde, etkin pişmanlık hükmü gereğince, verilecek ceza iadenin veya tazminin gerçekleştiği aşamaya göre farklı oranda indirilir⁶⁶.

Etkin pişmanlık düzenlemesinde ödemenin yapıldığı döneme göre verilecek olan cezada farklı indirim oranları belirlenmiştir. Buna göre; aynen iade ya da zararın tamamen tazmini soruşturma başlamadan önce gerçekleşirse cezanın üçte ikisi indirilecektir. CMK m. 2/1-e'ye göre soruşturma evresi; *“Kanuna göre yetkili mercilerce suç şüphesinin öğrenilmesinden iddianamenin kabulüne kadar geçen evreyi”* ifade edilmektedir.

Zararın aynen iade ya da tamamen tazmini soruşturma evresi içerisinde ancak kovuşturma evresinden önce gerçekleşirse cezanın yarısı indirilecektir. Kovuşturma evresi ise CMK m. 2/1-f gereğince; *“Kovuşturma: İddianamenin kabulüyle başlayıp, hükmün kesinleşmesine kadar geçen evre”*dir. Zararın hükümden önce aynen iade veya tazmin suretiyle giderilmesi halinde ise; verilecek cezanın üçte biri indirilecektir.

Fail bakımından etkin pişmanlık hükmünün uygulanabilmesi için öncelikle fail tarafından yapılan ödemenin pişmanlığının göstergesi olması ve suçun konusu olan değer aynen ödenmiş olması gerekmektedir. Bu nedenle cebri icra yoluyla yapılan ödemeler veya failin pişmanlığını açıkça göstermeyen üçüncü kişi tarafından yapılan ödemeler etkin pişmanlık kapsamında değerlendirilmeyecektir⁶⁷. Failin TCK m. 248 gereğince etkin pişmanlıktan faydalanabilmesi için zimmetine geçirmiş olduğu değer aynen iade etmesi ya da ortaya çıkan zararı tamamen tazmin etmesi gerekmektedir. Kısmen ödeme halinde etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması mümkün değildir⁶⁸. İştirak halinde işlenen suçlarda da zararın aynen iade edilmesi gerekmele birlikte şeriklerden biri tarafından tamamen yapılan ödemenin diğer şerikler bakımından etkin pişmanlık olarak

⁶⁶ Centel, s. 2796.

⁶⁷ İtişgen, s. 655.

⁶⁸ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1056.

değerlendirilmesi için diğer şeriklerin de bu ödemeyi biliyor ve istiyor olmaları gerekmektedir⁶⁹.

Zimmet suçu işlendikten sonra suçun konusunun iade edilmesi halinde bunun kullanma zimmeti olarak mı kabul edileceğinin veya etkin pişmanlık hükümlerinin mi uygulanacağını tespit edilmesi gerekmektedir. Her iade kullanma zimmeti niteliği taşımamakta olup etkin pişmanlık ile kullanma zimmeti arasında bazı farklar bulunmaktadır. Kullanma zimmetinde önemli olan; failin suç konusu değeri kullandıktan sonra iade etme düşüncesine sahip olmasıdır. Etkin pişmanlıkta ise; failin amacı suçun konusu olan malı edinmek amacıyla zimmetine geçirmekle birlikte suç tamamlandıktan sonra pişman olarak iade etmektedir⁷⁰.

Failin zimmetine geçirmiş olduğu malı iade etmesinden evvel soruşturmanın başlaması halinde suçun kullanma zimmeti niteliğinde olup olmadığı; failin kastının kullanma mı yoksa kendine mal etme mi olduğu failin davranışları ve somut olayın özellikleri göz önünde bulundurularak tespit edilecektir⁷¹. Ancak bu durumda soruşturmanın, fail tarafından amacının kullanma olduğu iddia edilse dahi bu iddia göz önüne alınmaksızın, kullanma

⁶⁹ Özbek/Doğan/Bacaksız, s. 1056-1057.

⁷⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 1069. Okucu Ergün, s. 125.

⁷¹ Yaşar/Gökcan/Artuç, s. 7466, Gökcan, s. 338. "TCDD 2. Bölge Müdürlüğü S. Gar şefi olan ve toplanan hasılatları teslim alarak kurum hesabına yatırma görevi bulunan sanığın 14/06/2006-20/07/2006 tarihleri arasında günlük yatması gereken paraları bankaya yatırmayarak 35.546,85 TL'yi uhdesinde bulundurduğu, bu hususun 20/07/2006 tarihinde ticaret kontrolörleri tarafından yapılan denetleme sırasında kasa sayımı sonucu tespit edildiği ve 24/07/2006 tarihinde teftiş kurulu tarafından görevlendirilen müfettiş tarafından olayın soruşturulmaya başlandığı, müfettişe üzerinde gözüken miktarı borçlarını ödemek için kullandığını ve iade edeceğini belirten sanığın bu parayı 28/07/2006 tarihinde kurum hesabına yatırdığı, kontrolör ve müfettiş olaya el koymasına rağmen sanığın parayı hemen ikame edemeyip, bir hafta kadar sonra iadeyi gerçekleştirmesi olgusunun sanığın suç kastının kullanma zimmeti olduğunu değil, soruşturmadan önce etkin pişmanlıkta bulunduğunu gösterdiği ve dosya kapsamı ile mevcut deliller karşısında sanığın 5237 sayılı TCK'nın 247/1. maddesinde belirtilen zimmet suçunu işlediği, ancak müdafinin yargılama sırasında sanığın alkol sorunu olduğunu belirterek buna dair "alkol kullanımına bağlı bağımlılık sendromu" tanısını içeren rapor sunup, cezai ehliyetinin tespitini istediği nazara alınarak, öncelikle sanığın suç tarihinde 5237 sayılı TCK'nın 32. maddesi kapsamında işlediği fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılamasına engel veya bu fiille ilgili olarak davranışlarını yönlendirme yeteneğini öneml derecede azaltacak bir akıl hastalığına duçar olup olmadığını yöntemince raporla saptanarak sonucuna göre bir hüküm kurulması gerekirken eksik tahkikatla ve yoruma dayanan bilirkişi raporuna itibar edilerek beraet hükmü tesisi, Kanuna aykırı, katılan vekilinin temyiz itirazları bu itibarla yerinde görülümüş olduğundan, hükmün 5320 sayılı Kanunun 8/1. maddesi de gözetilerek CMUK'nın 321. maddesi uyarınca BOZULMASINA, 17/04/2014 tarihinde oybirliğiyle karar verildi." Yargıtay 5. CD., E. 2014/1421 K. 2014/4302 T. 17.4.2014.

zimmetinden değil basit zimmetten başlatılması gerektiği de ileri sürülmektedir⁷².

SONUÇ

Fail, kamu görevi sebebiyle zilyetliği kendisine devredilen eşyayı tam manasıyla kendi malvarlığına eklemeyip iade etme düşüncesiyle yalnızca geçici bir süre kullanmış ise bu durumda kullanma zimmeti söz konusu olacaktır. Kullanma zimmetinde zimmete geçirme fiili geçici bir nitelik taşımaktadır.

Kullanma zimmetinin, zimmet suçunun daha az cezayı gerektiren nitelikli hali mi yoksa bağımsız bir suç tipi mi olduğu hususunda iki ayrı görüş bulunmakla birlikte kullanma zimmeti, zimmet suçunun daha az haksızlık ihtiva ettiği için daha az cezaya layık görülen nitelikli halidir. Bu nedenle de kullanma zimmetinin söz konusu olabilmesi için zimmet suçunun temel şekline ait tüm unsurların oluşması gerekmektedir. Bu nedenle de malik gibi tasarrufta bulunma unsuru kullanma zimmeti bakımından da geçerlidir. Buna göre; zimmet suçunun temel şekli bakımından fail görevi gereği kendisine verilen eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunabilmekte ise de kullanma zimmetinde her ne kadar fail suç konusu eşya üzerinde malik gibi tasarrufta bulunsa da bu eşyayı iade etme niyeti bulunmaktadır. Kullanma zimmetinden bahsedilebilmesi için failin zimmete geçirme fiilinin geçici olması ve en başından niyetle hareket etmiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde fail, zimmet suçunun temel halinden (TCK m. 247/1) sorumlu olacaktır. Failin malı mülkiyetine geçirme amacına sahip olmaması fiilin daha hafif hafif cezalandırılmasına neden olmaktadır.

Kullanma zimmetinin söz konusu olabilmesi için zimmete geçirilen malvarlığı değerinin ne kadar süre ile failde kaldığı önemli değildir. Önemli olan failin suçun konusu değeri kullanma şeklidir. Ancak kullanmanın ne kadar sürdüğü önemli olmamakla birlikte, uzun süreli olması failin kastının malın iadesine yönelik olup olmadığı noktasında duraksamaya neden olabilecektir. Ayrıca malın kısa süreli olarak kullanılmasına rağmen, fail malı özgülenmiş olduğu amaçtan tamamen çıkarmışsa, bu malın fail tarafından kullanılmış

⁷² Meran, 56.

olması kamu idaresinin faaliyetlerini engellemiş veya zorlaştırmışsa artık TCK m. 247/3 değil, m. 247/1 uygulanmalıdır.

Kullanma zimmeti genellikle tüketilebilir veya harcanabilir nitelikteki misli mallar üzerinde işlenebilmekte ise de misli olmayan herhangi bir mal üzerinde de işlenebileceği kabul edilmektedir. Buna göre; kamu görevlisinin, görevi gereği zilyetliği kendisine bırakılmış olan bir malı kullanarak bundan para elde etmesi halinde kullanma zimmeti oluşacaktır. Bu durumda suçun konusunun, kullanma suretiyle zimmete geçirilen malın kendisinin değil, failin kiralama sonucu elde ettiği nema olarak kabul edilmektedir.

Suçun konusunun para olup olmayacağı hususunda da farklı görüşler bulunmakla birlikte para da kullanma zimmetinin konusunu oluşturabilecek bir malvarlığı değeri olup Yargıtay'ın da bu yönde kararları bulunmaktadır. Kullanma zimmetinin konusunun para olması halinde bu paranın kullanılması ile elde edilen nema suçun konusunu oluşturmakta olup nemanın, failin kendisi veya üçüncü kişi için elde edilmesi suçun oluşması bakımından önemli değildir.

Bununla birlikte kamu görevlisinin kamu görevini yerine getirmesi amacıyla kendisine teslim edilen örneğin; bilgisayarını evinde bir süre kullandıktan sonra iade etmesi durumunda, malik gibi tasarrufla bulunma koşulu gerçekleşmediğinden zimmet suçu oluşmayacağı ifade edilmektedir. Ancak bizim de katıldığımız aksi görüşe göre; bu halde de kullanma zimmeti söz konusu olmaktadır. Hatta kullanma zimmetinin getiriliş amacı tam da bu çeşit bir kullanımdır. Zimmet suçu, suç konusu mal üzerinde malikin bulunabileceği tasarruflarla ortaya çıkabileceğinden, kullanma zimmetinin oluşması bakımından da kullanmanın malikin bulunabileceği bir tasarruf niteliğinde olup olmadığının tespit edilmesi gerekmektedir. Bu nedenle de her somut olay bakımından kullanmanın zimmeti oluşturup oluşturmadığının tespit edilmesi gerekmektedir.

Fiilin kullanma zimmeti olup olmadığının tespiti bakımından önemli olan failin kastıdır. Zimmet suçunun, malın geçici bir süre kullanılıp iade edilmek üzere alınması halinde kullanma zimmeti; failin mal edinme kastının söz konusu olduğu durumda ise zimmet suçunun temel şekli oluşmaktadır. Failin suçun konusunu iade

etmeden önce fiilin tespit edilmesi halinde nasıl hareket edileceğine ilişkin farklı görüşler bulunmakla birlikte kanaatimizce; kullanma zimmetinin kabulü bakımından önemli olan failin maksadı olduğundan bir süreliğine kullanıp iade etme niyetiyle malın zimmete geçirilmesi halinde kullanma zimmeti söz konusu olup kişinin bu niyetle zimmetine geçirdiği malı henüz iade edmeden fiilin ortaya çıkması halinde de kullanma zimmetinin oluştuğunu kabul etmek gerektiği söylenebilirse de bu kabul TCK m. 248/1 kapsamında etkin pişmanlık hükümlerinin uygulanması ihtimalini ortadan kaldırmakta, kullanma zimmeti ile birlikte etkin pişmanlık hükümlerinin de uygulanması halinde ise cezayı etkisiz kılmaktadır. Özellikle suçun konusunun para olduğu hallerde zimmet fiili ortaya çıktıktan sonra yapılan iadelerin tamamının kullanma zimmeti kapsamında değerlendirilmesi de ceza politikası bakımından uygun değildir. Ayrıca failin kastının tespit edilememesi halinde şüpheden sanık yararlanır ilkesi uygulanarak fiilin kullanma zimmeti olarak kabul edilmesi, suçun konusunu tamamıyla malvarlığına ekleme niyetinin tam olarak tespit edilemediği her durumun kullanma zimmeti olarak kabul edilmesine neden olacaktır. Kanaatimizce bu kabul kullanma zimmetinin uygulama alanını oldukça genişletmektedir. Bu nedenle de kanaatimizce failin kastının kullanmaya yönelik olduğu tespit edilmediği müddetçe kullanma zimmetinin varlığı kabul edilmemelidir. Ayrıca kullanma zimmetinin kabulü halinde zaten failin iade niyetinin varlığı kabul edildiğinden ayrıca etkin pişmanlık hükümleri uygulanmamalıdır.

Zimmet suçunun konusu olan malın teslim edilmesi halinin kullanma zimmeti mi yoksa etkin pişmanlık olarak mı değerlendirilmesi gerektiğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Etkin pişmanlık ile kullanma zimmeti arasında bazı farklar bulunmaktadır. Kullanma zimmetinde önemli olan; failin suç konusu değeri kullandıktan sonra iade etme düşüncesine sahip olmasıdır. Etkin pişmanlıkta ise; failin amacı suç konusu malı edinmek amacıyla zimmetine geçirmekle birlikte suç tamamlandıktan sonra pişman olarak iade etmektedir.

KAYNAKÇA

- AKÇİN, İhsan. *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2007.
- AKKAŞ, Ahmet Hulusi/AKPINAR, Eren. “Kullanma Zimmeti”, *Ankara Hacı Bayram Veli Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. XXV, Y. 2021, Sa. 2.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/ALŞAHİN, Mehmet Emin/ÇAKIR, Kerim. *Ceza Hukuku özel hükümler*, 17. Bası, 2018.
- CENTEL, Nur. “Zimmet Suçu (TCK m.247)”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 2779-2800.
- GÖKCAN, Hasan Tahsin. *Görevi Kötüye Kullanma, Zimmet, Banka Zimmeti, İrtikap, Rüşvet Suçları ve Kamu İdaresine Karşı İşlenen Suçlar*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2008.
- GÜLŞEN, Taner. *Zimmet Suçu*, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku (Ceza ve Ceza Usul Hukuku) Anabilim Dalı, Ankara, 2011, (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi).
- HAFIZOĞULLARI, Zeki/ EŞİTLİ, Ezgi Aygün. *Kamu İdaresinin Güvenilirliğine ve İşleyişine Karşı Suçlar*, Ankara, 2014.
- İTİŞGEN, Rezzan. “Türk Ceza Hukukunda Zimmet suçu”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. LXXI, S. 1, s. 639-672, 2013.
- KOCA, Mehmet Reis. *Zimmet İrtikap Rüşvet Nüfuz Ticareti ve Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014, s. 29.
- KOCA, Mahmut /ÜZÜLMEZ, İlhan. *Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7. Baskı, 2021.
- MERAN, Necati. *Zimmet Rüşvet İrtikap Görevi Kötüye Kullanma Suçları*, 3. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2014.
- OKUYUCU ERGÜN, Güneş. *Türk Ceza Kanununda Zimmet Suçu*, Çakmak Yayınevi, Ankara, 2008.
- ÖZBEK, Veli Özer/ DOĞAN, Koray/ BACAKSIZ, Pınar. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 16. Baskı, Ankara, 2021.
- TEZCAN, Durmuş/ ERDEM, M. Ruhan/ÖNOK, R. Murat. *Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku*, 19. Baskı, Ankara, 2021.
- TUĞRUL, Ahmet Ceylani. *Öğreti ve Uygulamada Zimmet Banka Zimmeti Rüşvet ve İrtikap Suçları*, 2. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2013.
- YAŞAR, Osman/GÖKCAN, Hasan Tahsin/ARTUÇ, Mustafa. *Yorumlu-Uygulamalı Türk Ceza Kanunu*, 5. Cilt, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2014.

TÜRK CEZA KANUNUNDA ÖZEL HAYATIN GİZLİLİĞİNİ İHLAL SUÇU İLE KİŞİSEL VERİLERİ KORUYAN SUÇLAR ARASINDAKİ İLİŞKİYE DAİR BİR DEĞERLENDİRME

Bekir BOGA^{1}*

Özet

Kişisel verilerin korunması, hukukumuzda özellikle son zamanlarda oldukça yoğun bir şekilde tartışılmaya başlanmıştır. Kişisel verilerin korunması konusu sadece biz hukukçuların ilgisini çekmemekte, toplumda bulunan bütün bireylerin gelişen teknoloji karşısındaki endişelerinin önemli bir bölümünü oluşturmaktadır. Aslında kişisel verilerin korunması hususunun gündeme gelmesi ve münhasır bir hukuk dalı haline tekamül etmesi oldukça yeni bir gelişmedir. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk uluslararası bağlayıcı belge Avrupa Konseyinin 28 Ocak 1981 tarihinde kabul ettiği “Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmedir”. Bu sözleşmede sadece verilerin otomatik olarak işlenmesi açısından gerçek kişiler korunmuştur. Ayrıca bu sözleşme sadece Avrupa Konseyinde yer alan devletlerce imzalanmamış, bütün devletlerin imzasına açılmıştır. Türkiye de bu sözleşmeyi imzalamıştır. Ancak söz konusu sözleşmenin onaylanabilmesi için ülkenin sözleşmeye uygun ulusal bir yasa hazırlaması gerekmektedir. Türkiye bu yükümlülüğünü 2016 yılında kabul ettiği 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile yerine getirmiştir. Bununla birlikte 2005 yılında yürürlüğe giren Türk Ceza Kanununda kişisel verilerin korunmasına ilişkin suç tiplerine yer verilmiştir. Bu durum ceza hukuku uygulamasında kişisel verileri koruyan suç tiplerinin, özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan farkının belirlenmesini zorlaştırmaktadır. Bu bildiri de özellikle özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile kişisel verileri koruyan suç tipleri arasındaki ilişkiye temas edilecektir. Yargı kararlarında mahremiyete ilişkin olan bilgilere erişim ve bunların ifşası özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu

* Arş. Gör, Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı, bboga@erbakan.edu.tr, ORC ID: 0000-0002-0894-8969.

çerçevesinde cezalandırılırken mahremiyete ilişkin olmadığı düşünülen bilgilerin kişisel veri olduğu kabul edilmektedir. Halbuki bu ayrımın bilimsel bir temeli bulunmamaktadır. Doğru olan özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun genel norm olarak kabul edilmesidir. Nitekim kişisel verilerin korunması hukukunun gelişim süreci de bu görüşe uygundur. Kanaatimizce kişisel verileri koruyan suç tiplerini, özel hayatın gizliliğinin ihlali suç tipinden ayırabilmek için veri kayıt sistemi kavramının iyi bir şekilde açıklanması gerekmektedir. Zira kişisel verilerin korunması hukuku aslında büyük veri kayıt sistemlerinin insanlara sağladığı faydayı maksimize etme ve bunların verebileceği zararları minimize etme çabası içerisindedir. Ancak Türk Ceza Kanunu düzenlemeleri dikkate alındığında kişisel verileri koruyan suç tiplerinden sadece 138.maddede düzenlenen verilerin yok edilmemesi suçunda veri kayıt sistemi kavramının kullanıldığı görülmektedir. Bu bildiri de TCK'nın bu düzenlemeleri yabancı ülke hukuklarından bazı örneklerle birlikte değerlendirilmeye çalışılacaktır. Ayrıca 24.03.2016 tarihli 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun hükümlerinin de Türk Ceza Kanunu'nda düzenlenen kişisel verileri koruyan suç tiplerinin içeriklerinde veya yorumlarında bir değişiklik oluşturup oluşturamayacağı da tartışılacaktır.

Abstract

The protection of personal data has started to be discussed intensely in our law, especially recently. The issue of protecting personal data does not only attract the attention of lawyers, it constitutes an important part of the concerns of all individuals in the society against developing technology. In fact, it is a fairly recent development that the issue of personal data protection has come to the fore and it has evolved into an exclusive branch of law. The first international binding document on the protection of personal data is the "Convention for the Protection of Individuals with regard to Automatic Processing of Personal Data" adopted by the Council of Europe on January 28, 1981. In this convention, only natural persons are protected in terms of automatic processing of data. In addition, this convention was not only signed by the states in the Council of Europe, it was opened for signature by all states. Turkey has also signed this convention. However, in order for the said convention to be ratified, the country must prepare a national law in line with the convention. Turkey has fulfilled this obligation with the Law No. 6698 on the Protection of Personal Data, which it adopted in 2016. In addition, the Turkish Penal Code, which entered into force in 2005, includes the types of crimes related to the protection of personal data. This situation makes it difficult to distinguish between the types of crimes protecting personal data and the crime of violating the privacy of private life in criminal law practice. In this report, especially, the relationship between the crime of violating privacy of private life and the types of crimes protecting personal

data will be discussed. In judicial decisions, access to and disclosure of information related to privacy is punished within the framework of the crime of violation of privacy, while information considered not to related privacy is accepted to be personal data. However, this distinction has no scientific basis. It is true that the crime of violating privacy is accepted as the general norm. Thus, the development process of the personal data protection law is also in line with this view. In our opinion, the concept of data recording system should be well explained in order to distinguish the crime types protecting personal data from the violation of privacy. Because the law on protection of personal data actually strives to maximize the benefits of big data recording systems to people and to minimize the damages they may cause. However, considering the regulations of Turkish Penal Code, it is seen that the concept of data recording system is used only in the crime of not destroying the data regulated in Article 138, among the types of crimes that protect personal data. In this report, these regulations of the Turkish Penal Code will be tried to be evaluated together with some examples from foreign country laws. In addition, it will be also discussed whether the provisions of the Law on the Protection of Personal Data dated 24.03.2016 and numbered 6698 can create a change in the content or interpretation of the types of crimes that protect personal data regulated in the Turkish Penal Code.

I. KİŞİSEL VERİLERİN KORUNMASI HUKUKU

A) Kişisel Veri Kavramına İlişkin Açıklamalar

Kişisel veri kavramı mevzuatımızda ilk kez “*Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkındaki Yönetmelikte*”² tanımlanmıştır. Bu yönetmelikte kişisel veri “*Tanımlanmış ya da doğrudan veya dolaylı olarak, bir kimlik numarası ya da fiziksel, psikolojik, zihinsel, ekonomik, kültürel ya da sosyal kimliğinin, sağlık, genetik, etnik, dini, ailevi ve siyasi bilgilerinin bir ya da birden fazla unsuruna dayanarak tanımlanabilen gerçek ve/veya tüzel kişilere ilişkin herhangi bir bilgi*” şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1). Keza bu yönetmeliğin mevzuatımızda doğrudan kişisel verilerin işlenmesine ilişkin hükümler getirmeyi amaçlayan ilk metin olduğunu ifade etmemiz gerekir. Mevzuatımızda kişisel veri veya kişisel bilgi kavramlarının kullanılmaya başlanması da bu yönetmeliğin Resmi Gazetede yayımlandığı dönemlerde gerçekleşmiştir³. Bu itibarla Türk Hukukunda kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemelerin 2003 yılından⁴ itibaren **temel bir kanun olmaksızın** dağınık bir şekilde yapıldığı ifade edilmelidir⁵. Türk

² RG:06.02.2004/25365. Söz konusu yönetmelik 24.07.2012 tarih ve 28363 sayılı Resmi Gazetede yayımlanan “Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik”in 23. maddesi ile yürürlükten kaldırılmıştır.

³ 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, (RG: 24.10.2003/25269) m.23/2; 5070 sayılı Elektronik İmza Kanunu (RG:23.01.2004/25355) m.9/1-h, 10/1-c, 12/1-c; Bilgi Edinme Hakkı Kanununun Uygulanmasına İlişkin Esas ve Usuller Hakkında Yönetmelik, (RG:27.04.2004/25455), m.32/2.

⁴ Araştırmalarımız neticesinde “kişisel bilgi” kavramının ilk kez 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu, (RG: 24.10.2003/25269) kullanıldığını tespit etmiş bulunmaktayız.

⁵ 5464 sayılı Banka Kartları Ve Kredi Kartları Kanunu, (RG: 01.03.2006/26095), m.23/2: “Kart çıkaran kuruluşlar, edindikleri kişisel bilgileri gizli tutmak, kendi hizmetlerinin pazarlanması dışında başka amaçlarla kullanmamak ve kanunla yetkili kılınan kişi, kurum ve kuruluşlar dışında kalanların bu bilgilere ulaşmasını engellemek amacıyla gereken önlemleri almakla yükümlüdür.” 5624 sayılı Kan ve Kan Ürünleri Kanunu (RG: 02.05.2007/26510) m.3/1-f: “Kan, kan bileşenleri ve ürünleri hizmetini yürütenler başıçşya ilişkin kişisel bilgileri korumak, üçüncü kişilere vermemek, basına açıklamamak ile yükümlüdürler.” 5718 Sayılı Milletlerarası Özel Hukuk ve Usul Hukuku Hakkında Kanun (RG: 12.12.2007/26728) m.35/3: “Maddenin birinci fıkrası, kişisel verilerin işlenmesi veya kişisel veriler hakkında bilgi alma hakkının sınırlandırılması yolu ile kişiliğın ihlâl edilmesinden doğan taleplere de uygulanır.” 5809 Sayılı Elektronik Haberleşme Kanunu, (RG: Mük. 10.11.2008/27050) m.51/1: “Kurum, elektronik haberleşme sektörüyle ilgili kişisel verilerin işlenmesi ve gizliliğinin korunmasına yönelik usul ve esasları belirlemeye yetkilidir.” (Bu hüküm Anayasa Mahkemesinin 9.4.2014 tarihli ve E.2013/122 K.2014/74 sayılı kararı ile iptal edilmiştir) Ceza Muhakemesinde Beden Muayenesi, Genetik İncelemeler ve Fizik Kimliğın Tespiti Hakkında Yönetmelik (RG:01.06.2005/25832) m.14/1: “Bu Yönetmelik hükümlerine göre

Ceza Hukuku reformu ile yenilenen Türk Ceza Hukuku Mevzuatında da aynı yıllarda kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlere yer verildiğini görebilmek mümkündür⁶. Fakat Türk Ceza Hukuku mevzuatında bu dönemde “kişisel veri” kavramı bir madde metni ile tanımlanmamıştır. Ancak TCK'nın kişisel verilerin kaydedilmesini suç olarak düzenleyen 135.maddesinin gerekçesinde kişisel veri “*gerçek kişiyle ilgili her türlü bilgi*” olarak tanımlanmıştı. Bu tanım uluslararası belgelerde yapılan tanımlarla aynı doğrultudadır. 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanununu da bu tanımlamalara benzer şekilde kişisel veriyi “*kimliği belirli veya belirlenebilir gerçek kişiye ait her türlü bilgi*” olarak tanımlamıştır (m.3/1-d). Bu itibarla 6698 sayılı Kanunun düzenlemesine kadar Türk Hukukunda kişisel veri kavramını tanımlayan **kanun** düzenlemesinin bulunmadığı ifade edilmelidir.

Kişisel veri kavramının mevzuatımızda düzenlemelere konu olduğu 2003 yılından itibaren de “kişisel veri” ve “kişisel bilgi” kavramlarının birbirlerinin yerine kullanıldığı görülmektedir. 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Kanun ile Anayasa'nın 20.maddesine eklenen ve kişisel verilerin korunması hususunda Türk Hukukunda önemli kilometre taşlarından birisi olan 3.fıkra hükmü ise “kişisel veri” kavramını kullanmıştır. Keza kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel kanun olan 6698 sayılı Kanun da “Kişisel Verilerin

alınan örnekler üzerinde yapılan inceleme sonuçları, kişisel veri niteliğinde olup, başka bir amaçla kullanılamaz; dosya içeriğini öğrenme yetkisine sahip bulunan kişiler tarafından başkasına verilemez.” Bulaşıcı Hastalıklar Sürveyansı Ve Kontrol Esasları Yönetmeliği (RG:30.05.2007/26537) m.11: “*Epidemiyolojik sürveyans ve bildirim sistemi ile elde edilen bilgilerden kişisel verilerin işlenmesi sırasında kişinin dokunulmazlığı, maddi ve manevi varlığı ile temel hak ve özgürlükleri korunur.*” Kan ve Kan Ürünleri Yönetmeliği (RG:04.12.2008/27074) m.6/8: “*Hizmet birimleri, bağışçı kişisel bilgilerini korumak, üçüncü kişilere vermemek, basına açıklamamak ile yükümlüdür.*” Şans Oyunları Lisansının Verilmesi, Lisansa Konu Faaliyetlerin Düzenlenmesi Ve Denetlenmesi Hakkında Yönetmelik (RG:15.10.2008/27025) m.33/6: “*Şans oyunlarına erişimde alternatif dağıtım kanallarının kullanılması halinde... kişisel verilerin gizli tutulmasından...lisans sahibi sorumludur.*” Yolcu Gemilerinin Emniyetine Ve Gemilerdeki Yolcuların Kayıt Altına Alınmasına İlişkin Yönetmelik, (RG: 12.12.2007/26728) m.20/3: “*17 nci maddeye göre toplanan kişisel veriler, bu Yönetmeliğin amacı için gerekenden fazla saklanmamalıdır.*” Türkiye İş Kurumu Hizmetlerinin Elektronik Ortamda Yürütülmesi Hakkında Yönetmelik, (RG: 15.08.2008/26968) m.10: “*Sistemde yer alan kişisel verilerin kullanılmasında mevzuatta yer alan özel hayatın gizliliğine ilişkin hükümler esas alınır. Kullanıcılardan alınan bilgiler tanımlanmış hizmetlerin ve yasal mükellefiyetlerin yerine getirilmesi dışında başka bir amaçla kullanılamaz.*” Örneğini verdiğimiz bu son hüküm Türkiye’de henüz kişisel verilerin korunmasına ilişkin temel bir mevzuatın bulunmadığını açıkça göstermektedir.

⁶ Bkz. 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu m.135, 136, 137, 138; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu m.80/1, 139/6, m.209/2; 5275 sayılı Ceza ve Güvenlik Tedbirlerinin İnfazı Hakkında Kanun, m.21/3.

Korunması Hakkında Kanun” ismi ile yasalaşmıştır. Bu itibarla öğretide “kişisel veri” kavramının kullanılmasını doğru olup olmadığına ilişkin tartışma pratik önemini yitirmiştir⁷.

Kişisel veri **gerçek kişilere** ait bilgilerden ibarettir⁸. Gerek TCK’nın 135.maddesinin gerekçesinde yapılan gerekse 6698 sayılı kanunda yapılan kişisel veri tanımları doğrultusunda Türk Hukukunda kişisel verilerin gerçek kişilere ait veriler olabileceğini kabul etmek gerekecektir⁹ ¹⁰. Bu nedenle kişisel veriler kapsamında düzenlenen

⁷ Öğretide bir görüş, veri kavramının kullanımının doğru olmadığını ifade etmektedir. Bilgi ile veri arasındaki farkı maddenin katı sıvı ve gaz halleri arasındaki farka benzeten *Erdoğan’a* göre veri, bilgilerin bilgisayar ortamında işlem görmüş halidir. 5651 sayılı Kanunun tanımlar başlıklı 2.maddesinin “k” bendinde veri, “*Bilgisayar tarafından üzerinde işlem yapılabilen her türlü değer*” şeklinde tanımlanmıştır. Yazara göre sadece bilgisayar ile ilgili olan veri kavramının, bilgisayar ortamında işlenmesi şart olmayan kişisel veriler ile ilgili suçlarda kullanılması, teknolojinin gelişmesi ile daha da karmaşık hale gelecek olan bilişim suçları ile kişisel verilerle ilgili suçlar arasında kavram kargaşası oluşturacaktır. Erdoğan, Yavuz, *Kişisel Verilerin Korunması* Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Madde 135, 136, 137, 138), EÜHFD, C.8, S.2, 2013, s. 574-576. Buna karşılık öğretide bazı yazarlar veri, enformasyon ve bilgi gibi kavramlar arasında bir takım farklılıkların bulunduğunu ancak bu kavramlar arasında ayırım yapmakta ısrarcı olmanın yasal düzenlemelerde istenmeyen bazı sonuçlara neden olabileceğini belirtmektedirler. Küzeci, Elif, “*Kişisel Verilerin Korunması*”, 2.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2018, s.13.

⁸ Korkmaz, İbrahim, “*Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması*”, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2019, s.83.

⁹ *5237 sayılı TCK’da, gerçek kişiye ait bilgilerin kişisel veri olarak düzenlenmesi karşısında, katılana ait kredi kartı bilgileri hariç, şirkete ait mali bilgilerin ve programların kişisel veri olarak kabul edilemeyeceği de gözetilmeden...*(12.CD, E.10672/2013, K.15772/2013, T.10.06.2013) Albayrak, Mustafa Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Karşısında Kişisel Verilerle İlgili Suçların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.98, (2014), s.66. Ancak Anayasa Mahkemesinin bir kararında Anayasa’nın 20.maddesinde herkes ibaresi kullanıldığından tüzel kişilerinde kişisel verilerinin korunması hakkı bulunduğu kabul edilmiştir. AMK, 04.12.2014, E.2013/84, K. 2014/183, RG:23.05.2015-29294, Kalabalık, Halil, İnsan Hakları Hukuku, 5.Baskı,Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.461. Öğretide de tüzel kişilerin verilerinin kişisel verilerin korunması kapsamında korunması gerektiğine ilişkin görüşler mevcuttur. Gönen, Doruk, Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2011, s.43. Buna karşılık öğretide haklı olarak tüzel kişilerin kişisel verilerinin korunmasının veri koruma hukukunun amaçları ile bağdaşmadığı belirtilmektedir. Küzeci, s.325; Korkmaz, s.35-36; AİHM içtihatlarında da tüzel kişilere ait verilerin kişisel veri kapsamında değerlendirilmediği ifade edilmektedir. Aydın, Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2015, s.8.

¹⁰ Hukukumuzda elektronik haberleşme sektörüne yönelik kişisel verilerin korunmasında tüzel kişilerin kapsam altına alınması tutumu benimsenmiştir. Ayözger Öngün, Çiğdem, *Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil*, 2.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019, s.6. Telekomünikasyon Sektöründe Kişisel Bilgilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’i kaldıran Elektronik Haberleşme Sektöründe Kişisel Verilerin İşlenmesi Ve Gizliliğinin Korunması Hakkında Yönetmelik’in 3.maddesinin h bendinde kişisel veri “*Belirli veya kimliği*

tüm suçlarda da suçun konusu gerçek kişiye ait verilerdir. Tüzel kişilere ait bilgilerin kaydedilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi, TCK m.135 ve 136'da düzenlenen suçların oluşmasına neden olmayacaktır¹¹. Yine tüzel kişilere ait verilerin silinmemesi TCK m.138'de düzenlenen suçun oluşmasına neden olmayacaktır.

Kişisel verilerden bir kısmı hassas kişisel veriler olarak adlandırılmaktadır. Hassas kişisel veriler doğaları gereği diğer verilere nazaran daha sıkı bir şekilde korunmaktadırlar¹². Zira bu verilerin işlenmesi kişilere daha ağır zararlar verebilmektedirler. Ayrıca bu verilerin sosyal ve siyasal ayrımcılığa neden olabilme ihtimalleri nedeniyle kamusal düzen açısından da bir tehlike arz ettiği belirtilmelidir¹³.

5237 sayılı TCK'nın 135.maddesinin 2.fıkrası "*Kişilerin siyasi, felsefi veya dini görüşlerine, ırki kökenlerine; hukuka aykırı olarak ahlaki eğilimlerine, cinsel yaşamlarına, sağlık durumlarına veya sendikal bağlantılarına ilişkin bilgileri kişisel veri olarak kaydeden kimse yukarıdaki fıkra hükümlerine göre cezalandırılır*" şeklinde düzenlenmişti. Bu fıkra, hassas kişisel verilerin, kişisel veri olarak kaydedileceğini ifade etmiştir. Haliyle kişisel veri olan hususların ayrıca kişisel veri olarak kaydedilmesinin ifade edilmesi çelişkili ve gereksiz olarak görülmüştü. Ayrıca hassas kişisel verilerin daha sıkı biçimde korunmasının gerekliliğine işaret edilerek fıkranın nitelikli hal olarak düzenlenmesine ilişkin görüşler de ortaya atılmıştı¹⁴. Bazı yazarlarsa bu verilerin hassas kişisel veri olması nedeniyle kanun koyucunun bu verilerden bazılarının kaydedilmesinde hukuka aykırılık unsurunu aramadığını ve bu nedenle söz konusu veriler açısından mutlak bir kayıt yasağı

belirlenebilir gerçek ve tüzel kişilere ilişkin bütün bilgi" olarak tanımlanmıştır. Buna karşılık bu durumun ceza hukuku açısından bir önemi bulunmamaktadır.

¹¹ Aydın, s.131; Hafızoğulları, Zeki/Özen Muharrem, Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, C.67, S.4, 2009, s.21; Dülger, İbrahim, Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, İstanbul 2019, s.314. Öğretide aksi yönde bir görüş ise tüzel kişilerin kişisel verilerinin kaydedilmesinin de suç oluşturacağını savunmaktadır; Soyaslan, Doğan, Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016, s.350.

¹² Küzeci, s.249-250; Korkmaz, s.53-54; Dülger, s.14; Ayözger Öngün, s.19.

¹³ Henkeloğlu, Türkay, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015, s.28. Korkmaz, s.49; Aydın, s.6; Soyaslan, s.350-351; Ancak hassas olan, hassas olmayan veri ayırımına öğretide itiraz edilmektedir. Küzeci, s.253.

¹⁴ Özbek, Veli Özer, Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C.2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008, s.949; Erdoğan, s.583; Dülger, s.319.

getirdiğini ifade etmişti¹⁵. 6698 sayılı Kanun 6.maddesinde hassas kişisel verileri özel nitelikte kişisel veri kavramıyla tanımlamış ve aynı Kanun 30.maddesi ile de TCK'nın 135.maddesinin ikinci fıkrasını değiştirmiştir. Böylelikle hassas kişisel verilerin kaydedilmesi, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun nitelikli hali olarak görülmüştür. Ancak mevcut düzenlemede KVKK'da belirtilen hassas kişisel veriler ile TCK'da belirtilen nitelikli halleri oluşturan kişisel veriler arasında bir uyumsuzluk söz konusu olmuştur. KVKK'nın 6.maddesinde sayılan kişinin etnik kökeni, dini ve mezhebi dışındaki diğer inançları, kılık ve kıyafeti, dernek ve vakıf üyeliği, ceza ve güvenlik tedbiri mahkûmiyetine dair verileri ile biyometrik ve genetik verileri; TCK'nın 135.maddesinin 2.fıkrasında sayılmamıştır. Buna karşılık 135.maddenin 2.fıkrasında sayılan ahlaki eğilime ilişkin kişisel veri ise KVKK'nın 6.maddesinde yer almamaktadır. Her iki yasa arasındaki uyumsuzluğun uygulamada bir takım problemlere neden olabileceği bu nedenle TCK m.135/2 hükmünün, KVKK dikkate alınarak yeniden düzenlenmesi gerektiği öğretilde ifade edilmektedir¹⁶.

B) Tarihi Gelişimi

Kişisel verilerin korunması hususunun gündeme gelmesi ve münhasır bir hukuk dalı haline tekamül etmesi oldukça yeni bir gelişmedir. Hatta bu tekamülün henüz başında olduğumuzu ifade etmek de yanlış olmayacaktır. Aslında kişisel verilerin korunması ile özel hayatın gizliliği kavramlarının ortaya çıkması ve gelişmesi oldukça benzerdir. Bu konuda öğretilde kişisel verilerin korunmasının daha sonradan özel bir alana dönüşerek özel hayatın gizliliği hususundan ayrıldığı da ifade edilmektedir¹⁷. Bu nedenle

¹⁵ Aydın, s.137-138; Özbek, s.949; Bazı yazarlar ise kişisel veri olarak kaydetme teriminden sadece dijital ortamda yapılan kayıt işlemlerinin anlaşılması gerektiğini ifade etmişlerdir. Hafizoğulları/Özen, s.20.

¹⁶ Küzeci, s.406.

¹⁷ Kıta Avrupası hukukunun aksine özellikle ABD, Yeni Zelanda, Avustralya, Kanada gibi Anglo-Amerikan sisteminin geçerli olduğu ülkelerde kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemeler özel hayatın gizliliği başlığı altında yapılmaktadır. Küzeci, s.73; Korkmaz, s.62. BM İnsan Hakları Komitesi de BM Bireysel ve Siyasi Haklar Uluslararası Sözleşmesinin Özel Hayatın Gizliliğine ilişkin 17.maddesinin yorumunda kişisel verilerin özel hayatın gizliliği içerisinde korunacağını kabul etmiştir. Küzeci, s.125; Arslan, Çetin, Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Kişilere Aktarılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr Köksal Bayraktara Armağan, C.1, 2010, s.456 Yine AIHM içtihatlarında kişisel verilerin korunmasını özel hayatın gizliliğinin korunması hakkı ile

öncelikle özel hayatın gizliliği kavramının ortaya çıkışına kısaca değinmek istiyoruz.

Özel hayatın gizliliği, bizzat bu kavramla ifade edilmese bile tarih boyunca insanlık açısından en azından ahlaki birtakım ilkelerle kabul edile gelmiştir¹⁸. Kavramın ortaya çıkış gerekçesi ise Avrupa’da burjuva sınıfının, aydınlanma devri ile elde ettiği bir takım ayrıcalıkları gizleme maksadı olarak gösterilmektedir¹⁹. Fakat zamanla gazeteciliğin yaygınlaşması özel hayatın gizliliğinin hukukla korunması gerektiği düşüncesini güçlendirmiştir. Bu hususta karşımıza çıkan en önemli örnek ise Warren ile Brandeis’in 1890 yılında Harvard Hukuk fakültesinde yayınladıkları “the right to privacy” isimli makaleleridir. Bu makalede Brandeis ve Warren hukukun geliştiğini, zamanla birçok hakkın tanındığını, ansızın çekilen fotoğrafların ve gazete işletmelerinin özel hayat ve aile hayatının kutsal alanına tecavüz ettiğini belirtmişler, mahremiyetin artık özel bir hak olarak tanınmadıkça korunamayacağını kabul etmişlerdir. Ayrıca bu makalede özel hayatın gizliliği hakkına ilişkin bir takım ilkeler geliştirilmeye çalışılmıştır²⁰. 20.yy’da teknolojinin gelişmesine paralel olarak özel hayatın gizliliği konusu gittikçe önem kazanmaya başlamıştır²¹.

sağlamaktadır. AİHM’in bu şekilde bir yorumda bulunmasında ise AİHS’de kişisel verilerin korunması ile alakalı herhangi bir düzenleme olmaması etkilidir. AİHM özel hayatın gizliliği kavramını geniş tutarak kişisel verilerin korunmasını sağlamaya çalışmaktadır. Aydın, s.32-39; Akgül, Aydın, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.92, (2014), s.74-76; Dülger, s.78.

¹⁸ Bu duruma örnek olarak M.Ö 5.yy’da ortaya çıkan hekimin hastaları ile ilgili edindiği bilgileri saklama yükümlülüğü getiren hipokrat yemini gösterilmektedir. Küzeci, s.108; Korkmaz, s.79; Aydın, s.9. Yine İslam dininde Hz. Muhammed’in özel hayatın gizliliğine vurgu yapan birçok sözü(hadis) bulunmaktadır. Bu hadisler için bkz. Hira, Ayhan, Özel Hayatın Korunması: Türk Ceza Kanununda Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı İşlenen Suçlarla İlgili Düzenlemenin İslam Hukuku İle Mukayesesi, Kafkas Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi, S.13, 2014, s.94-95.

¹⁹ Zafer, Hamide, Özel Hayatın ve Gizli Alanın Ceza Hukukuyla Korunması (TCKm.132-134), 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010, s.4-5; Danışman, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991, s.1.

²⁰ Warren, Samuel D./Brandeis, Louis D., Mahremiyet Hakkı, Çev; Gülay Arslan, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007, s.19-42.

²¹ Akyürek, Güçlü: “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu”, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2014, s.19. Özel hayatın gizliliği hususu bu dönemde çeşitli edebi eserlerde de ele alınmaktadır. Örnekler için bkz. Küzeci, s.44-46; Aydın, s.10; Korkmaz, s.74-75. Özel hayatın gizliliği yine bu dönemde (1948) İnsan Hakları Evrensel Beyannameinde (m.12) bir hak olarak kabul edilmiştir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi de 8.maddede özel hayatın gizliliğini bir hak olarak kabul etmiştir. Kalabalık, s.452.

Ancak bütün gelişmelerin karşısında teknolojinin ilerlemesi²² ve bu ilerlemenin hayatımızı kolaylaştıracak bazı uygulamaları, kişilerin bilinmezliği ile ilgili bazı sorunların özel hayatın gizliliği kapsamında çözülmesini zorlaştırmıştır. Özellikle kamu hizmetlerinin verilmesi ile ilgili olarak kişilerin bilgilerinin kaydedilmesi bu konuda önemli bir örnektir. Yine suçluluğun önlenmesi için girilen bazı gözetleme ve kaydetme işlemleri ile ticari hayatın devamı için meşru görülen kayıt altına alma işlemleri giderek artmaktadır. Örneklediğimiz bu durumlar hukuk düzenlerince meşru olarak kabul edilmektedir. Sorun, bu meşruiyet karşısında kişilerin bilinmezlik hakkının bulunup bulunmadığı noktasında temerküz etmektedir²³.

İfade edelim ki şu anda ne Kara Avrupası Hukuk sisteminde ne de Anglasakson Hukuk sisteminde bu meşruiyetin karşısında “bilinmezlik” gibi bir hak, mutlak olarak kabul edilmemektedir. Kamu hizmetlerinin kolaylaştırılması, suçluluğun önlenmesi gibi gerekçelerle kişilerin özel hayatına müdahale niteliğinde veri kaydetme işlemlerin yapılması elbette kabul edilebilirdir²⁴. Bununla birlikte bu müdahalenin sınırlarını da çizmek gerekecektir. İşte kişisel verilerin korunması, bu sınırın çizilme çabasından ortaya çıkmış bir kavramdır.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk düzenlemenin Almanya'nın Hessen Eyaletinde yapıldığı ifade edilmektedir. Bu düzenlemenin yapılmasının gerekçesi ise Hessen Eyaletindeki merkezi veri tabanı kurulması tasarısı olduğu kabul edilmektedir²⁵. Görüldüğü üzere bilgisayar teknolojisi sayesinde kurulacak bir veri bankası Almanya'da bu dönemde meşru olarak kabul edilmiştir. Ancak bu veri bankasının hangi şartlarda verileri kaydedebileceği, verilerin güvenliği gibi hususlar ihmal edilmeyerek kişilerin korunması da hedeflenmiştir. Bu durum ise kişisel verilerin korunmasının, özel

²² Dülger, s.34; Çekin, Mesut Serdar, “Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu”, 1.Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018, s.2; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135), DEÜHFD, C.21, Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, s.71. Özellikle 1950 ve 1960'lı yıllarda bilgisayarların gelişmesi kişisel verilerin korunması kavramının doğmasına önemli etkide bulunmuştur. Küzeci, s.108-109.

²³ Harbour, J. Laurel/MacDonald, Lan D./Gill, Elen, Protection of Personal Data: The United Kingdom Perspective, Def. Counsel, I.70, 2017, s.100.

²⁴ Özbek, s.947; Korkmaz, s.68.

²⁵ Küzeci, s.109-110.

hayatın gizliliği hakkında farklı bir içerik kazandığının göstergesi olmaktadır²⁶.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk uluslararası düzenleme, 23 Eylül 1980’de Ekonomik İşbirliği ve Kalkınma Teşkilatı (OECD)²⁷ tarafından hazırlanan “Özel Yaşamın Gizliliği ve Sınır Ötesi Kişisel Veri Dolaşımının Korunmasına İlişkin Rehber İlkeleridir”. Söz konusu belge bağlayıcı olmamakla birlikte kişisel veriler ile ilgili sonradan hazırlanacak uluslararası belgelere yol gösterdiğinden, kişisel veriler hukukunda önemli bir kilometre taşı olarak kabul edilmektedir²⁸.

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk uluslararası bağlayıcı belge ise Avrupa Konseyinin 28 Ocak 1981 tarihinde kabul ettiği “*Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşmedir*”. Bu sözleşmede sadece verilerin otomatik olarak işlenmesi açısından gerçek kişiler korunmuştur. Ayrıca bu sözleşme sadece Avrupa Konseyinde yer alan devletlerce imzalanmamış, bütün devletlerin imzasına açılmıştır²⁹. Türkiye de bu sözleşmeyi imzaya açıldığı gün imzalamıştır. Ancak söz konusu sözleşmenin onaylanabilmesi için taraf ülkenin öncelikle iç hukukta kişisel verilerin korunmasına ilişkin gerekli önlemleri alması gerekmektedir (m.4). Türkiye bu yükümlülüğünü ancak 2016 yılında kabul ettiği 6698 sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile yerine getirebilmiştir³⁰.

Bunun yanı sıra yine bağlayıcı nitelikte olmamakla birlikte 14.12.1990 tarihinde Birleşmiş Milletler “*Bilgisayarla İşlenmiş Kişisel Veri Dosyalarına İlişkin Rehber İlkeleri*” kabul etmiştir. Söz konusu Rehber İlkeler, verilerin korunmasına ilişkin bir kurumun

²⁶ Benzer şekilde 1973 yılında İsveç’te hazırlanan kişisel verilerin korunması kanununun da bu ülkede kurulan veri bankaları ile ilişkisine dikkat çekilmektedir. Küzeci, s.110.

²⁷ OECD, İkinci Dünya Savaşı’ndan sonra Avrupa’yı yeniden imar etmek için kurulmuş bir örgüt olan OEEC’nin(Avrupa Ekonomik İşbirliği Teşkilatı) halefi olarak kabul edilmektedir. Ekonomik gelişmeye katkı sağlamak, istihdamları arttırmak, yüksek yaşam standartlarını sunmaya çalışmak ve demokrasiyi geliştirmek topluluğun hedefleri arasındadır. Kişisel verilerin korunmasına ilişkin ilk belgenin bu topluluk tarafından hazırlanmasının ise kişisel veriler konusunun ekonomik boyutunun önemine işaret ettiği ifade edilmektedir. Arslan, s.454; Küzeci, s.120; Aydın, s.25-26.

²⁸ Arslan, s.455; Aydın, s.26-27; Küzeci, s.121

²⁹ Aydın, s.39-40; Arslan, s.459; Küzeci, s.133-135.

³⁰ 6698 Sayılı Kanun Genel Gerekçe, s.4.

oluşturulmasını ilk kez tavsiye etmiştir³¹. Bunun yanı sıra Avrupa Birliği 1 Aralık 2009 yılında kabul ettiği AB Temel Haklar Şartının 8.maddesinde kişisel verilerin korunması hakkını düzenlenmiştir³².

Kişisel verilerin korunmasına ilişkin kabul edilen AB direktifleri³³ de bulunmaktadır. Her ne kadar ülkemiz AB üyesi olmasa da bu direktiflerin hukukumuz açısından yol gösterici mahiyetleri olduğunu ifade etmemiz gerekmektedir. Uzun yıllar boyunca AB'nin kişisel verilerin korunması hususundaki **temel düzenlemesi** 95/46/EC sayılı Kişisel Verilerin İşlenmesi ve Serbest Dolaşımı İle İlgili Bireylerin Korunması Direktifi olmuştur. Ancak 2016 yılında bu direktif yerine 2016/680/EU sayılı Direktif (Genel Veri Koruma Tüzüğü) kabul edilmiştir³⁴. Keza AB Hukukunda cezai konularda kolluk ve yargı faaliyetleri çerçevesinde kişisel verilerin işlenmesi ayrıca ele alınmaktadır. Bu çerçevede AB Konseyi tarafından 2008/977 sayılı Cezai Konularda Kolluk ve Yargı Faaliyetleri Çerçevesinde İşlenen Kişisel Verilerin Korunmasına İlişkin İşbirliği Kararı kabul edilmiştir. 27 Nisan 2016 Tarihli 2016/680 sayılı suçların önlenmesi, soruşturulması, ortaya çıkarılması veya kovuşturulması ya da cezaların infazı amacıyla yetkili makamlarca kişisel verilerin işlenmesine ilişkin olarak gerçek kişilerin korunması ve bu verilerin serbest dolaşımı ile ilgili direktif bu işbirliği kararı yerine kabul edilmiştir.

Türk Hukukunda ise yukarıda değinildiği üzere 2003 yılından itibaren temel bir kanun olmamasına rağmen mevzuatta kişisel verilere ilişkin dağınık olarak düzenlemelere yer verilmiştir. Ayrıca 07.05.2010 tarihli 5982 sayılı Kanunla Anayasanın 20.maddesine eklenen fıkra ile herkesin kendisiyle ilgili kişisel verilerinin korunmasını isteme hakkı olduğu belirtilmiştir. Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ise 24.03.2016 tarihinde kabul edilmiş ve

³¹ Aydın, s.29; Küzeci, s.126-127.

³² Söz konusu belge temel hakların yeniden ve bir bütün halinde Avrupa Birliğinde kabul edilmesini amaçladığından önem taşımaktadır. Fuster, Gloria Gonzales, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Law, Governance and Technology Series, V.6, Brussel 2014, s.1-2.

³³ İlgili direktifler için bkz. Ayözger Öngün, s.76-89.

³⁴ Bu tüzük 6698 sayılı KVKK'nın yürürlüğe girmesinden bir hafta sonra Avrupa Birliği Parlamentosu tarafından kabul edilmiştir. KVKK'nın yasalaşmasında ise 95/46/EC sayılı direktif dikkate alınmıştır. Bu durum öğretilerde eleştirilmektedir. Çekin, s.3.

07.04.2016 Tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir³⁵.

Kişisel Verilerin Korunması Hukuku günümüzde teknolojinin gelişmesi yanı sıra yaşanan bazı siyasi ve sosyal olaylar nedeniyle bir takım problemlerle karşı karşıya kalsa da³⁶ gelişimini sürdürmektedir.

C) Ceza Hukuku ile Korumanın Kapsamı

Kişisel veriler kavramının kapsamının, içeriğinin ve sınırların belirlenmesi, suçta ve cezada kanunilik ilkesini benimsemiş olan ceza hukuku disiplini açısından diğer hukuk disiplinlerine nazaran çok daha fazla önemlidir. Nitekim 6698 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden önceki dönemde kişisel veriler kavramının TCK'da tanımlanmamış olması ve kişisel verileri koruyan bir kanunun yürürlüğe girmemesi nedeni ile kişisel verileri koruyan suçların belirlilik ilkesi karşısındaki konumu öğretilerde³⁷ ve Yargıtay kararlarında³⁸ tartışılmıştır.

Öğretilerde kişisel veri kavramının üç unsuru olduğu ifade edilmiş ve bu unsurlar bir verinin bulunması, kimliği belirlenebilir gerçek bir kişinin bulunması ve söz konusu verinin gerçek kişiye ilişkin olması

³⁵ Bu Kanunun 32.maddesinde 8,9,11,13,14,15,16,17 ve 18.maddelerinin yayım tarihinden itibaren 6 ay sonra yürürlüğe gireceği düzenlenmiştir.

³⁶ Kişisel Verilerin Korunması Hukukunun özellikle 11 Eylül 2001'de Amerika'da Dünya Ticaret Merkezine düzenlenen terör saldırılarından sonra arka planda kaldığı ifade edilebilir. Küzeci, s.185.

³⁷ Özbek, s.948; Şen, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (Cilt:1), İstanbul 2016, s.601; Küzeci, s.401; "Dülger" ise kitabının ilk basısında kişisel veri kavramının TCK'da tanımlanmamasının belirlilik ilkesi açısından bir eksiklik olduğunu kabul etmekle birlikte daha sonraki basılarda görüş değiştirerek kişisel veri kavramının sınırlarının belirginleşmesi nedeniyle bu endişelerin gereksiz olduğunu ifade etmiştir. Dülger, s.592; Erdoğan, s.587; Ayrıca öğretilerde kişisel verilerin tanımın yapılmamasının sınırları belirsiz bir ceza sorumluluğuna neden olacağı endişesini taşıyan yazarlar da vardır. Albayrak, s.59-60; KVKK'nın yasalaşması ile birlikte kişisel verilerin kaydedilmesi suçunun yaptırımının uygulanabilir hale geldiğine ilişkin görüş için bkz. Korkmaz, s.388.

³⁸ Ceza Genel Kurulunun 17.06.2014 tarihli E. 2012/12-1510, K. 2014/331 sayılı kararına yazılan muhalefet şerhinde kişisel verileri düzenleyen suçlarda kişisel verilerin tanımlanmaması suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırı görülmüştür. Ayrıca karar metninde kişisel verilerin korunmasına ilişkin kanunun yasalaşmaması nedeniyle kişisel verileri koruyan suçların eksik norm niteliğinde olduğu ve bu suçlardan dolayı sorumluluk tayin edilirken bu nedenle çok dikkatli olunması gerektiği ifade edilmiştir. www.kazanci.com (E.T: 12.09.2017). Anayasa Mahkemesi ise kişisel veri kavramının öğretilerde ve yargı kararlarında tanımlandığını ayrıca kavramın teknolojinin gelişmesi ile birlikte içeriğinin de değişebileceğinden bahisle TCKm.136'nın Anayasaya aykırı olmadığına karar vermiştir. AYM, E.2015/32, K.2015/102, T:12.11.2015. Korkmaz, s.388, 222 sayılı dpn.

şeklinde sıralanmıştır³⁹. Kişisel veriler kavramının ana unsurunun gerçek bir kişi olduğu kabul edilmelidir. Söz konusu verinin ise gerçek kişinin kimliğini ortaya koyması gerekecektir. Burada verinin ayırt edici özelliği üzerinde durulmaktadır. İnsanlar için genel geçer bilgilerin kişisel veri kapsamında değerlendirilmemesi gerekir. Ancak kişisel veri kavramından bahsedilebilmesi için ayırt edici nitelikteki bilginin tek başına varlığı yeterli değildir. Söz konusu bilginin gerçek kişi ile ilişkilendirilmiş olması da gerekmektedir. Bu ilişkilendirme doğrudan olabileceği gibi dolaylı yollardan da olabilir. Eğer böyle bir ilişkilendirme yoksa ‘anonim veri’ söz konusudur. KVKK’da anonim hale getirme “*Kişisel verilerin, başka verilerle eşleştirilerek dahi hiçbir surette kimliği belirli veya belirlenebilir bir gerçek kişiyle ilişkilendirilemeyecek hâle getirilmesi*” şeklinde tanımlanmıştır. Bu nedenle anonimleştirilmiş bir kişisel verinin sahibini, hiçbir surette belirleyici bir niteliğe sahip olmaması gerekir⁴⁰ (m.3/1-a). Açıklamalarımızı şu şekilde örnekleyebiliriz. Bir kişinin iki eli ve iki ayağı olduğuna ilişkin bilgi bütün insanlar için genel geçer bir bilgi olduğundan kişisel veri mahiyetinde değildir. Fakat bir kişinin sağ bacağının aksak olduğuna ilişkin bilgi, kişiyi ayırt edici mahiyette bir veri niteliğindedir. Fakat söz konusu verinin gerçek bir kişi ile ilişkilendirilmesi gerekmektedir. Eğer bir ortamda ‘bir kişinin sağ ayağı aksak’ denilmişse ve bu kişiye ulaşabilme olanağı sağlayan hiçbir veri veya yöntem söz konusu değilse ‘anonimleştirilmiş bir kişisel veri’ söz konusudur. Buna karşılık muhatapların söz konusu kişiyi en azından tanıma ihtimali varsa artık kişisel bir veriden bahsetmek gerekecektir. Zira bu durumda dolaylı bir yoldan da olsa söz konusu verinin sahibini tespit etmeye elverişli bir halde

³⁹ Dülger, s.5 vd.; Korkmaz, s.30 vd.

⁴⁰ 29. Madde Veri Koruma Grubu bir kişisel verinin anonimleştirilmiş olup olmadığını şu kriterler çerçevesinde belirlemeye çalışmaktadır: Veriden yola çıkarak bireyi belirleyebilmek mümkün müdür?; Verinin bireyle ilgili kayıtlarla ilişkilendirilebilmesi mümkün müdür?; Veri bireyle ilişkilendirilebilir mi? Article 29 Data Protection Working Party, Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques Adopted on 10 April 2014, p.3; Keza Avrupa Birliği ülkelerinin düzenlemelerinde veriden yola çıkarak kişinin belirlenmesi oldukça güçse, uzun bir vakit alacaksa veya maliyeti yüksekse o verinin belirlenebilir bir kişiye ait olmadığı kabul edilmektedir: Walden, Ian, "Anonymising Personal Data," International Journal of Law and Information Technology, V.10, I.2, (2002) p.226-227; GVKT anonim verilerin işlenmesine uygulanmamaktadır Introduction of Regulation (EU) 2016/679 Of The European Parliament And Of The Council, par.26.

sunulması söz konusudur. Bu ise söz konusu kişisel verinin korunmasını haklı kılan bir durumu oluşturmaktadır⁴¹.

Kişisel veri kavramından bahsedebilmemiz için yukarıda değindiğimiz hususların bulunması yeterlidir. Ancak kişisel verilerin ceza hukukunda sorumluluk doğurması noktasında bir takım hususların izah edilmesi gerekmektedir:

Kişisel verinin kişi hakkında doğru bilgileri içermesi gerekmez. Önemli olan söz konusu verinin ayırt edici bir niteliğe sahip olması ve gerçek kişi ile ilişkilendirilmesidir. Kişisel verilerin korunması hukukunun kişiler hakkındaki sadece doğru olan bilgilerin korunmasını hedeflediğini söylemek sistematığe uygun olsa da hukuk mantığına uygun olmayacaktır. Zira hukukta çoğun içinde az da vardır kuralı geçerlidir. Bu kural mucibince kişi hakkında doğru bilgileri koruyan suç tiplerinin kişi hakkındaki asılsız bilgilerin yayılmasına da engel olacağını kabul etmek gerekir⁴². Ayrıca 6698 sayılı Kanunda kişisel verilerin doğru bilgi içerir şekilde kaydedilmesi gerektiği belirtilmiştir (m.4/2-b). Bu düzenlemeden kişisel verilerin yanlış bilgi içerir şekilde kaydedilmesinin mümkün olabileceği sonucuna ulaşabiliriz⁴³. Yanlış bilgi kaydetme hukuka aykırı olarak kişisel verilerin işlenmesi niteliğinde olduğundan bu fiili kasten işleyen bir kişi, kişisel verileri hukuka aykırı olarak kaydetmekten (TCKm.135) sorumlu olacaktır.

Kişisel verinin sır niteliği taşıması gerekmez⁴⁴. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere kişisel verilerin korunması, özel hayatın gizliliğinin

⁴¹ GVKT'nin asıl metninde kullanılan "pseudonymisation" kavramı takma veya hayali ad kullanma gibi yöntemlerle kişisel verinin veri sahibi ile eşleştirilmesinin zorlaştırılmasını ifade etmektedir (m.4/5). Bu yöntemde ek bilgiler kullanılarak kişisel veri sahibine erişilebileceği için anonim veri söz konusu değildir. Opinion 05/2014 on Anonymisation Techniques, p.3.

⁴² Korkmaz, s.33.

⁴³ Kişisel verilerin doğru biçimde tutulması ve kişisel verilere erişim hakkı için bkz. Küzeci, s.219-221.

⁴⁴Dülger, s.311-312; Erdoğan, s.579; "TCK'nun 135 ve 136. maddelerindeki kişisel verilerin korunmasına ilişkin düzenlemelerde sadece sır niteliğinde kişisel verilerin korunacağına ilişkin bir hükmün bulunmaması ve aksine 135. maddenin gerekçesinde gerçek kişiyle ilgili her türlü bilginin kişisel veri olarak kabul edilmesi gerektiğinin belirtilmesi karşısında, her türlü kişisel verinin hukuka aykırı olarak başkasına verilmesi, yayılması ve ele geçirilmesi fiillerinin kanununun 136. maddesindeki suçu oluşturduğu kabul edilmelidir. Bu kapsamda somut olayda, sanığın genel yayın yönetmenliğini yaptığı gazetede köşe yazarı olarak çalışan katılanın yazdığı köşesinde kullanılan fotoğrafın, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması nedeniyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sanık tarafından internetteki özel bir arkadaşlık sitesine kimlik, adres ve telefon bilgileri verilmeksizin ve erkek arkadaşı aradığı

korunmasından ayrılmış ve özel bir alan oluşturmuştur. Aslında kişisel verilerin korunmasıyla bir yönden özel hayatın gizliliğinin de korunduğu ifade edilebilir. Ancak özel hayatın gizliliğini açıklamak için kullanılan üç alan teorisinin⁴⁵ kişisel verilerin korunmasıyla alakalandırılmaları oldukça tehlikeli sonuçlara neden olabilecektir. Zira kişisel verilerin korunması yukarıda da ifade ettiğimiz üzere oluşturulan veri kayıt sistemleri ile yakından ilintilidir. Söz konusu veri kayıt sistemlerinin teknolojiye de destek olarak kişilerin hukuki güvenliklerini tehdit ettiği ortadadır. Bu sistemlerde kişilerin aslında özel hayatı içerisinde kabul edilmeyecek birçok bilgi de saklanmaktadır. Ancak bilgiler arasında özel yaşam bilgisi, genel yaşam bilgisi gibi ayrımların yapılması veri koruma hukukunun hedefleri ile bağdaşmayacaktır.

Kişilerin mahrem ses ve görüntüleri kişisel veri olarak kabul edilmemektedir. Özellikle uygulamada kimi zaman kişilerin mahremiyetlerinin kayda alındığını ve bu nedenle kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan mahkumiyet kurulduğunu müşahade

açıklamasıyla konulması eylemi, TCK'nun 136. maddesinde düzenlenen kişisel verileri hukuka aykırı olarak yayma suçunu oluşturmaktadır.” CGK, E.2012/12-1510, K.2014/331 (www.kazanci.com ET:12.09.2017); “Mağdur tarafından daha önce internette yayımlanan ve mağdurun günlük kıyafetleriyle poz vermiş şekilde çektiği resmi, mağdurun başkalarının görmesini ve bilmesini istemeyeceği özel yaşam alanına dair bir görüntü olarak kabul edilemeyeceğinden, mağdurun kişisel veri niteliğindeki resmini, hukuka uygunluk nedenlerinin bulunmaması sebebiyle hukuka aykırı olduğunda tereddüt bulunmayan bir yöntemle sahte facebook hesabı üzerinden yayımlayan sanığın eyleminin, TCK'nın 136/1. madde ve fıkrasında tanımlanan verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunu oluşturacağı gözetilmeden, suç vasfında yanılığa düşülerek, yasal ve yeterli olmayan gerekçelerle sanık hakkında TCK'nın 134/2. madde ve fıkrasında düzenlenen özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan mahkumiyet kararı verilmesi,” (www.kazanci.com E.T:12.09.2017). Ancak Yargıtay'ın eski kararlarında aksi yönde belirlemeler de bulunmaktadır: ...“kişisel veri” kavramından, kişinin yetkisiz üçüncü kişilerin bilgisine sunmadığı, istediğinde başka kişilere açıklayarak ancak sınırlı bir çevre ile paylaştığı, herkes tarafından bilinmeyen ve/veya kolaylıkla ulaşılabildiği ve bilinmesi mümkün olmayan, kişinin kimliğini belirleyen veya belirli kılan...(12.CD, E.2012/16872, K.2012/18221) Korkmaz, s.342. Öğretide kişisel veri kavramının sınırlandırılması gerektiğine ilişkin görüşler de mevcuttur. Buna göre kişisel verinin kişiye ilişkin her türlü verinin değil ancak başkalarının duymasını, öğrenmesini istemeyeceği bilgiler kişisel veri olarak kabul edilmelidir. Hakeri, Hakan, Tıp Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012, s.727; Aydın, s.130-131.

⁴⁵ Bu teoriye göre kişinin hayat alanı, gizli hayat alanı, özel hayat alanı ve kamuya açık hayat alanı olmak üzere üç alana ayrılmaktadır. Kamuya açık alan kişinin başkalarının bilmesinden rahatsız olmadığı, herkese açık serbestçe ifşa edilmesinde sakınca olmayan olayları içermektedir. Kişinin özel hayat alanı ise kişinin yakın çevresi ile paylaştığı alanı ifade etmektedir. Bu alan kişinin sadece yakın çevresi tarafından bilinebilir ve kişi isterse bunu diğer kişilere de açıklayabilir. Buna karşılık gizli alan kural olarak kişinin sadece kendisi için saklı tuttuğu ve ancak çok sıkı ilişki içerisindeki kişilere açıkladığı alanı oluşturmaktadır. Zafer, s.13-14.

etmekteyiz. Yargıtay bu kararları bozmaktadır. Yargıtay'a göre kişilerin günlük kıyafetleriyle çekilmiş fotoğrafları kişisel veri niteliğinde kabul edilebilir. Ancak çıplak veya uygunsuz görüntüler kişisel veri değildir. Bu görüntülerin rıza dışı kaydedilmesi ve yayılması özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu oluşturur⁴⁶. Ancak Yargıtay'ın bu kabulünün arkasında sağlam bir gerekçe yoktur. Kişilerin sesleri ve mahrem görüntüleri de yukarıda değindiğimiz vasıflara haiz olduğu için kişisel veri niteliğindedir⁴⁷. Bu nedenle söz konusu sorun, kişisel verileri koruyan suçlar ile özel hayatın gizliliğini ihlal suçları arasındaki ilişki çerçevesinde tartışılmalıdır.

II. Özel Hayatın Gizliliği ve Kişisel Verilerin Korunması

Öğretide özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu ile kişisel verileri koruyan suçlar arasında fikri içtima ilişkisi kabul edenler⁴⁸ bulunduğu gibi özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunu kişisel verileri koruyan suçlara göre mahsus suç olduğunu ifade edenler⁴⁹ de vardır. Buna karşılık öğretide farklı bir görüş özel hayatın gizliliğinin ihlal suçunu diğer suçlara göre genel norm niteliğinde olduğunu ifade etmektedir⁵⁰. Yukarıda kişisel verilerin korunması hukukunun özel hayatın gizliliğinin korunması hususundan ayrışarak özel bir alan oluşturduğunu ifade etmiştik. Bu bilgi

⁴⁶ Erdoğan, s.612; *Sanıkların, mağdurla arkadaşlık kurdukları ve mağdurun, internet ortamından rızası ile gönderdiği çıplak fotoğraflarını flash diske kaydedip, babası M. 'ye vermek suretiyle işfa ettiklerinin iddia edildiği olayda; mağdurun, cinsel ve fiziksel mahremiyetine ilişkin çıplak görüntüleri kişisel veri kapsamında değerlendirilmeyeceğinden, eylemin, kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu değil, TCK'nın 134/1. maddesinin 2. cümlesi ve 134/2. maddesine uyan özel hayatın gizliliğini ihlal suçlarını oluşturacağı,...* (12.CD, E. 2014/11530, K. 2015/584, T. 19.1.2015), www.kazanci.com E.T:13.09.2017. Yargıtayın bu şekildeki kabulü şöyle bir sorun ortaya çıkarmaktadır. Eğer bir kişinin günlük hayatta çekilmiş fotoğrafları yayınlanırsa kişisel verileri koruyan suçlar takibi şikayete bağlı olmadıklarından (TCKm.139) fiil resen takip edilip cezalandırılacaktır. Buna karşılık kişinin çıplak bir fotoğrafı paylaşıldığında fiilin haksızlık içeriği daha ağır olmasına rağmen şikayet olmaksızın soruşturma veya kovuşturma yapılamayacaktır.

⁴⁷ Koca/Üzülmez, *Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu*, s.91; Soyaslan, s.352; Yargıtay da bir kararında ses ve görüntüleri kişisel veri olarak kabul etmiştir: *"...bir özel hayat görüntüsü veya sesinin, kişisel veri olduğunda kuşku bulunmamakta ise de..."* 12.CD, E.2012/20606, K.2013/16477, T:17.06.2013 Artuk, Mehmet Emin/Gökçen, Ahmet/ Yenidünya, Caner, Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.3, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014, s.4648.

⁴⁸ Erdoğan, s.605.

⁴⁹ Korkmaz, s.405; Dülger, s.345.

⁵⁰ Aydın, s.163; Koca, Mahmut/Üzülmez, İlhan, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020, s.552. Son yazarlar özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun bu bölümde düzenlenen diğer suçlara nazaran genel norm niteliği taşıdığını belirtirken, özel hayatın gizliliğini ihlal suçunun kişisel verilerin kaydedilmesi suçu karşısında özel norm olduğunu da kabul etmiş bulunmaktadırlar. Bkz. Koca/Üzülmez, *Özel Hükümler*, s.572.

çerçevesinde son görüşün diğer görüşlere nazaran daha isabetli bir fikir olduğu kanısındayız. Ancak bu görüş özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ile kişisel verileri koruyan suçlar arasında nasıl ayırım yapılacağına ilişkin bir fikir vermemektedir.

Yukarıda ifade ettiğimiz üzere öğretide kişisel verileri koruyan suçların kanunilik ilkesi karşısında konumu tartışılmaktadır. Aslında bu tartışma yukarıda ifade ettiğimiz sorunlarla doğrudan ilişkilidir. Zira kişisel veri kavramının TCK'da tanımlanmamış olması ve Kişisel Verilerin Korunması Kanununun henüz yasalaşmamış olması bu suç tiplerinin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu karşısında konumlandırılmasını güçlendirmiştir. Keza bu suç tiplerinin kanuni tanımları aynı şekilde kabul edildiğinde sorumluluk alanının oldukça genişlediği ifade edilmektedir⁵¹. Bu endişe kanaatimizce de yersiz değildir ve yargı kararlarına da konu olmuştur⁵². Zira bu suç tiplerinin kanuni tanımlarında olduğu gibi kabul edilmesi her gün takibi şikayete bağlı olmayan bir suç işlediğimizi de kabul etmemize neden olacaktır. Örneğin eşimize, iş arkadaşımızı anlattığımız varsayımında kişisel verilerin hukuka aykırı olarak yayılması suçunu işlemiş olacağız. Hatıra defterimizde arkadaşımızdan bahsettiğimiz zaman kişisel verilerin kaydedilmesi suçunu işlemiş olacağız. Bütün bu örnekler kişisel verileri koruyan suçlarda özelleştirmeye gidilmesinin gerekliliğini göstermektedir.

Yukarıda birden fazla kez tekrar ettiğimiz üzere kişisel verilerin korunması bir takım kişisel verilerin devlet veya özel kurumlarca işlenmesinin hukuka uygun görülmesi ile ilişkilidir. Yani bu koruma kişisel verilerin işlenme sürecini denetim altında tutabilme durumunu ifade etmektedir. 6698 sayılı Kanunun sistematığı de bu

⁵¹ Albayrak, s.59-60.

⁵² Yargıtay bir kararında bu hususa değinmiştir. *Kişinin kimliğini belirleyen veya belirlenebilir kılan, kişiyi toplumda yer alan bireylerden ayıran ve onun niteliklerini koymaya elverişli, gerçek kişiye ait her türlü verinin anlaşılması gerektiği; ancak herkes tarafından bilinen ve/veya kolaylıkla ulaşılması ve bilinmesi mümkün olan kişisel bilgilerin, TCK'nın 136.maddesi kapsamında kişisel veri olarak değerlendirilemeyeceği, aksinin kabulünün; maddenin uygulama alanının amaçlanandan fazla genişleterek, uygulamada belirsizlik ve hemen her eylemin suç oluşturması gibi olumsuz sonuçlar doğuracağı, bu nedenle bir kişisel bilginin, açıklanan anlamda kişisel veri kabul edilip edilmeyeceğine karar verilirken, somut olayın özellikleri dikkate alınarak titizlikle değerlendirme yapılması, sanığın eylemiyle hukuka aykırı hareket ettiğini bildiği ya da bilebilecek durumda olduğunun da ayrıca tespit edilmesi gerektiği...*(12.CD, 11.09.2012- 16909/18266, 12.CD, 08.07.2013-32354/18659) Albayrak, s.66-67.

şekildedir. Bu kanunda veri işleyen, veri sorumlusu, veri kayıt sistemi şeklinde kavramlar tanımlanmıştır (m.3/1-ğ,h,ı). Kanunun 7.maddesine göre veri sorumlusunun verileri silme veya anonim hale getirme yükümlülüğü vardır. Bu yükümlülüğünü yerine getirmeyen veri sorumlusu, verileri yok etmeme suçundan (TCKm.138) sorumlu olacaktır (KVKKm.17/2). Görüldüğü üzere burada kişisel verileri koruyan suçlarda bir özelleştirmeye gidilmektedir. Ancak sırf TCK düzenlemesi göz önüne alındığında kişisel verilerin kaydedilmesi, ele geçirilmesi ve yayılması suçlarında, böyle bir özelleştirmeye gidilmemesi kişisel verileri koruyan suçların kapsamının ve diğer suçlar karşısındaki konumunun tespitini zorlaştırmaktadır. Kanaatimizce KVKK'nın kişisel verileri koruma sisteminin de göz önünde tutularak bu suçların yeniden yorumlanması gerekmektedir.

KVKK'nın beşinci bölümünün başlığı suçlar ve kabahatlerdir. Ancak bu bölümde KVKK yeni bir suç tipi tanımlamamış TCK'ya gönderme yapmakla yetinmiştir⁵³ (m.17/1). Sadece 17.maddenin 2.fıkrasında kişisel verileri anonim hale getirmeme, kişisel verileri yok etmeme (TCKm.138) suçunun bir unsuru olarak tanımlanmıştır. Öğretide KVKK'nın 17.maddesinin yeni bir suç tipini tanımladığını, yalnızca TCK'nın 138.maddesinin yaptırımına atıf yapıldığı kabul edilmektedir⁵⁴.

KVKK'nın kapsam başlıklı ikinci maddesinde, Kanunun *“kişisel verileri işlenen gerçek kişiler ile bu verileri tamamen veya kısmen otomatik olan ya da herhangi bir veri kayıt sisteminin parçası olmak kaydıyla otomatik olmayan yollarla işleyen gerçek ve tüzel kişiler hakkında uygulanacağı”* belirtilmiştir. Bu hükümden verilerin otomatik olan ya da otomatik olmayan yollarla

⁵³ Bunun haricinde 6698 sayılı Kanunun 30.maddesiyle TCK'ya bazı eklemeler yapıldığı ve bazı hükümlerin değiştirildiği görülmektedir. 135.maddesinin 2.fıkrasındaki değişikliği yukarıda ele almıştık. Bunun haricinde 6698 sayılı Kanun TCK'nın 243.maddesine ek fıkra hükmü getirmiştir. Bu hükümde bilişim sistemine girmeksizin, bilişim sistemleri içerisinde veya arasında gerçekleşen veri nakillerini teknik araçlarla izlemek suç olarak kabul edilmiştir. Bu suç tipinin konusu sadece kişisel veriler olmasa da kişisel verilerin korunduğunu ifade etmek yanlış olmayacaktır. Bunun haricinde eklenen 245/A hükmü bilişim suçlarının işlenmesinde kullanılacak yasak cihaz ve programların ticaretini suç olarak düzenlenmiştir. 30.madde ayrıca TCK'nın müstehcenlik suçunu düzenleyen 226.maddesinde de değişiklik yapmıştır. Bu değişikliklerin kişisel veriler alakaları oldukça zayıftır. KVKK ile bu hükümlerin değiştirilmesi kanun yapma tekniği açısından çok isabetli olmamıştır.

⁵⁴ Dülger, .370 vd; Koca, Mahmut, Mehmet Emin Artuk'a Armağan (Ed. Mahmut Koca), Ankara 2020, s.630.

işlenmesinin korunduğunu anlayabiliyoruz. Otomatik yollarla kişisel verilerin işlenmesi halinde bir veri kayıt sisteminin varlığı açıktır. Ancak otomatik olmayan yollarla kişisel verilerin işlenmesi halinde ancak bir veri kayıt sisteminin varlığı halinde kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümler dikkate alınacaktır⁵⁵.

Belirtelim ki TCK'da düzenlenen kişisel verilerle ilgili suçlarda (verileri yok etmeme suçu (TCKm.138) hariç) veri kayıt sistemi kavramı yer almamaktadır. Bu nedenle öğretilerde genellikle kişisel verileri koruyan suçların oluşabilmesi için herhangi bir veri kayıt sisteminin varlığını aramayan görüşler bulunmaktadır⁵⁶. Ancak yukarıda da belirtildiği üzere her türlü veri işleme işleminin de suç olarak kabul edilmemesine yönelik arayışlar söz konusu olmaktadır. Kanaatimizce 6698 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinden sonra artık bu kanun hükümleri dikkate alınarak kişisel verileri koruyan suçların sadece veri kayıt sistemi ile ilintili olarak işlenebileceği kabul edilmelidir⁵⁷. Bu suretle bugüne kadar yargı kararlarında oluşan karmaşanın düzeltilebilmesi mümkün olduğu gibi kişisel verileri koruma kapsamının net bir şekilde belirlenebilmesi de mümkün olacaktır⁵⁸.

Buna karşılık KVKK'nın 2.maddesinin gerekçesinde farklı yönde bir görüş benimsenmiştir:

“Belirtmek gerekir ki, otomatik olmayan yollarla işlenen kişisel veriler bir veri kayıt sisteminin parçası değilse Kanun kapsamında

⁵⁵ Bainbridge, David I, Processing Personal Data and the Data Protection Directive, Information & Communications Technology Law, V.6, I.1, (1997), s.19.

⁵⁶ Erdoğan, s.581; Dülger, s.318; Çekin, s.24.

⁵⁷ Aynı yönde bkz. Koca/Üzülmez, Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, s.79. Korkmaz, s.393.

⁵⁸ Alman Federal Kişisel Verilerin Korunması Kanununun 42.maddesinde kişisel verilere ilişkin iki farklı suç tipi düzenlenmektedir. Düzenlemenin birinci fıkrası çok sayıda kişinin kamuya açık olmayan kişisel verilerini bilerek ve yetkisiz olarak başka bir kişiye aktarılmasını veya başka bir şekilde erişilebilir kılınmasını cezalandırmaktadır. Keza bu verilerin ticari amaçla aktarılması da suçun oluşabilmesi için aranmaktadır. İkinci fıkrada ise açık erişimi olmayan bir kişisel verinin yetkisiz olarak işlenmesi veya hileli ve usulsüz bir bildirimle elde edilmesi cezalandırılmaktadır. Ancak suçun bir ücret karşılığında veya kendisine veya bir başkasını zenginleştirme veya başka bir kişiyi zarara uğratma amacıyla işlenmesi aranmıştır. Unsurlara ilişkin ayrıntılı açıklama için bkz. Gola, Peter/Heckmann, Dirck, Bundesdatenschutzgesetz 13. Auflage, C.H.Beck, 2019, Rn.5-25. İsviçre hukukunda da belirlediğimiz gibi bir sistem geçerlidir. İsviçre Ceza Kanununun 179novies maddesine göre her kim yetkisiz olarak, özellikle korunmaya değer kişisel verileri veya serbestçe elde edilemeyen kişilik profilini bir veri deposundan elde ederse, hapis cezası veya idari para cezası ile cezalandırılır. Ünver, Yener, Kişisel Verilerin Korunması, GÜHFD, C.5, S.1, 2018, s.183.

değerlendirilmeyecektir. Ancak, bu hüküm söz konusu verilerin kişisel veri niteliğini etkilemeyeceğinden, bu tür verilere ilişkin hukuka aykırı eylemler 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu uyarınca suç teşkil etmeye devam edecektir.”

Madde gerekçesinde bulunan bu açıklamaların hükümlerin yorumlarında yardımcı bir niteliği olduğu belirtilmelidir (tarihsel yorum yöntemi⁵⁹). Ancak buna rağmen gerekçede bulunan açıklamaların madde hükmünün yorumu için bağlayıcı olmadığı da izahtan varestedir. Kanaatimizce kişisel verileri koruyan cezai düzenlemelerin özel hayatın gizliliğini ihlal suçu ve Kişisel Verilerin Korunması Kanunu ile birlikte değerlendirilerek belirli bir sonuca varılması daha doğru olacaktır (sistemik yorum yöntemi⁶⁰).

Kişisel verilerin, bireyin özel hayat bilgisi içerisinde olmayacağını savunmak özel hayatın gizliliği hakkı ve kişisel verilerin korunması hakkının keşfedilmesine ilişkin tarihi süreci görmezden gelmek anlamına gelmektedir. Nasıl ki haberleşmenin gizliliği ihlal edilirken bireyin özel hayatının gizliliğine bir müdahale söz konusu ise kişisel verilerin işlenmesi ile de bireyin özel hayatının gizliliği hakkı en azından tehlikeye maruz bırakılmaktadır. Bu itibarla kişisel verileri koruyan suç tiplerini (m.135-138) özel hayatın gizliliğini ihlal suçundan ayıran husus özel hayata müdahalenin usul farklılığıdır. Özel hayatın gizliliğini ihlal suçu özel hayata yönelik her türlü müdahaleyi yaptırım altına almaktadır. Haberleşmenin gizliliğini ihlal suçu da (m.132) özel hayata müdahale niteliğindeki bir fiili cezalandırmaktadır. Fakat bu müdahale farklı bir usulle (kişiler arasındaki haberleşmenin gizliliğini ihlal) gerçekleştirilmektedir. Kişisel verilerin kaydedilmesi, ele geçirilmesi, verilmesi ve yayılması veya yok edilmemesi fiilleri de bireyin özel hayatının gizliliğini en azından tehlikeye uğratmaktadır. Bu fiiller de özel hayatın gizliliğine bir müdahale teşkil ederler. Ancak bu müdahale **veri kayıt sistemleri** ile bağlantılı olarak gerçekleştirilmektedir.

Nitekim TCK'nın kişisel verileri koruyan suç tiplerini düzenleme sırası da görüşümüzü desteklemektedir. Eğer TCK kişisel verilerin korunmasını veri kayıt sistemleri ile bağlantılı olarak görmemiş olsaydı kronolojik olarak öncelikle kişisel verilerin elde edilmesini

⁵⁹ Gözler, Kemal, Hukuka Giriş, 10.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2013, s.267 vd.

⁶⁰ Gözler, s.269 vd.

sonrasında ise kaydedilmesini suç olarak düzenlerdi. Halbuki TCK ilk önce kaydetme fiilini suç olarak düzenleyerek kişisel verilerin bir veri kayıt sistemine girmesini gerekli görmüştür. Sonraki düzenlenen suç tipleri de veri kayıt sistemine giren kişisel verilerin güvenliğinin sağlanması ve işleme amacının ortadan kalkması halinde yok edilmesine ilişkindir.

Görüşümüz doğrultusunda veri kayıt sistemi kavramının açıklanması zorunluluk arz etmektedir. Veri kayıt sistemi KVKK'da "*Kişisel verilerin belirli kriterlere göre yapılandırılarak işlendiği kayıt sistemi*" şeklinde tanımlanmıştır (m.3/1-h). Bu tanımlama doğrultusunda veri kayıt sistemini, elde edilen kişisel verilerin sistematik biçimde kaydedildiği sistem olarak kabul etmek gerekecektir. Söz konusu sistemin bir bilgisayar sistemi olması zorunluluk arz etmemektedir⁶¹. Buna karşılık günlük tutmak maksadıyla yazılan herhangi bir defter de veri kayıt sistemi olarak kabul edilemeyecektir. Burada önemli olan yapılan kayıtların sırf kişisel verilerin kaydedilmesi maksadıyla yapılması ve bu kayıtlarda belli başlı bir usul izlenmesidir. Örneğin isim, soy isim karşısına belli başlı bazı verilerin yazılması halinde belirli bir usul içerisinde hareket edilmektedir. Yine kişisel verilerin bir tablo içerisinde kaydedilmesi, isimlerin numaralandırılması da veri kayıt etme usulü olarak gösterilebilir. Bu şekilde veriler istenildiği zaman belli usuller takip edilerek kayıt sistemi içerisinde bulunmaktadır ki sistemli kayıtların maksadı da budur. Şu halde veri kayıt sisteminin varlığının tespit edilebilmesi için başvurulacak yollardan biri de kaydedilen verilerden, belirli verilerin bulunabilmesi için belirli bir sistemin olup olmadığını araştırmak olacaktır⁶². Bu kapsamda resmi dairelerin kullandığı kayıt sistemlerinin veri kayıt sistemi olduğu şüphesizdir. Yine ticari şirketlerin ticari gayelerle veri kayıt sistemleri oluşturdukları görülmektedir. Bunun haricinde yasal olmayan veri kayıt sistemleri de mevcuttur. Özellikle örgütlü suçlarda 'fişleme' olarak tabir edilen kişisel verilerin hukuka aykırı olarak ele geçirilmesi ve sistemli bir şekilde kaydedilmesi fiili kişisel verilerin korunması kapsamında değerlendirilmelidir. Zira bu durumlarda da bir veri

⁶¹ Korkmaz, s.393.

⁶² Bainbridge, s.19.

kayıt sisteminin varlığı açıktır ve bu kişiler tabi olmaları gereken yasal rejimi hiçbir şekilde tanımamaktadırlar.

SONUÇ

Kişisel verilerin korunması Avrupa'da yaklaşık elli yıldır üzerinde çalışılan bir konudur. Ülkemizde ise TCK düzenlemeleri ile gündeme gelen kişisel verilerin korunması, yaklaşık on yıldır akademik çalışmalara ciddi bir şekilde konu olmaktadır. Bu konudaki açığımız ortadadır. Kişisel verilerin korunması hukuku ülkemizde yeni yeni anlaşılmaya başlanmıştır. Hal böyleyken yaklaşık on yıl önce hazırlanan TCK'da kişisel verileri koruyan suçlara yer verilmesi birçok problemi beraberinde getirmiştir. Bir kere bu suçlar düzenlenme itibarıyla birçok sorunu içinde barındırmaktadır. Kişisel veri nedir; kişisel verilerin kaydedilmesi, ele geçirilmesi, verilmesi neden suç olarak düzenlenmiştir; kişisel verilerin sınırları nelerdir, gibi bütün sorular TCK'da yapılan salt düzenlemelerden ötürü çözümlenememiştir.

Öğretide ağırlıklı olarak kişisel veriler kapsamının çok geniş olduğu ifade edilmiştir. Bir kişinin adı, soyadı, göz rengi, kilosu, telefon numarası, kimlik numarası, adresi, doğum yeri, resmi gibi birçok husus kişisel veri kapsamında değerlendirilmektedir. Sorun olan nokta ise sayılan bu verilerin her türlü bir kişiye verilmesinin, kaydedilmesinin suç olarak kabul edilmesidir. Yukarıda da örneklendirdiğimiz üzere günlük hayatta söz konusu fiilleri işlemekteyiz. Mesela arkadaşımızın telefon numarasını bir başka arkadaşımıza veriyoruz. Ya da bir arkadaşımızın boyundan kilosunda bahsedebiliyoruz. Bu fiiller özel hayatın gizliliğinin ihlali kapsamında değerlendirildiğinde takibi şikâyete bağlı fiiller olmaktadır. Buna karşılık kişisel verilerin verilmesi veya yayılması suçu kapsamında değerlendirildiğinde resen takip edilen fiil konumuna gelmektedirler.

Altını çizmemiz gerekir ki özel hayat, magazinsel olayların bulunduğu yaşam alanını ifade etmemektedir. Bu şekilde ortaya konulan içtihatlar hukuki gerekçelerden yoksundurlar. Bir kişinin çıplak resminin sosyal medyada paylaşılması özel hayatın gizliliğinin ihlali suçu şeklinde değerlendirilmektedir. TCKm.134/2 kapsamında kalan bu fiil 2 yıldan 5 yıla kadar hapis cezasıyla cezalandırılacaktır. Ayrıca bu fiil 139.maddeye göre takibi şikâyete bağlı bir fiildir. Söz konusu resmin mağdurun günlük hayatta

verdiği bir görüntüyü içermesi halinde ise Yargıtay'a göre kişisel verilerin yayılması suç olmaktadır. Bu suçun cezası da 2 yıldan 4 yıla kadar haptir. Ve takibi şikayete bağlı olmayan bir suç gündeme gelmektedir. Burada sorulması gerekir: Kişinin çıplak görüntülerini yaymak günlük kıyafetleri ile çekilmiş görüntülerini yaymakla eş değer bir fiil midir? Çıplak görüntülerin yayılmasında oluşan mağduriyet günlük resimlerle çekilmiş fotoğrafların yayılması ile oluşan mağduriyetle aynı mıdır? Üstelik bu içtihatla bir de çelişkiye neden olunmaktadır. Günlük kıyafetlerle çekilen fotoğraflar kişisel veri olarak kabul edilirken çıplak fotoğraflar kişisel veri olarak kabul edilmemektedir. Bunu hangi gerekçeye dayandırabiliriz?

Yargıtay eleştirdiğimiz kararında günlük fotoğrafların ilgili kişinin başkası tarafından görülmesini istemeyeceği fotoğraflar olmadığını bu nedenle bu fotoğrafların özel hayatın içerisinde değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak başka kararlarında da kişisel verilerin kişinin herkes tarafından bilinmesini istemeyeceği bilgilerden oluştuğunu da kabul etmektedir. İki belirlemenin de hukuki olarak izah edilemeyeceği kanaatindeyiz.

TCK'nın Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar başlıklı dokuzuncu bölümünde, Haberleşmenin Gizliliğini İhlal (m.132), Kişiler Arasındaki Konuşmaların Dinlenmesi ve Kayda Alınması (m.133), Özel Hayatın Gizliliğini İhlal (m.134), Kişisel Verilerin Kaydedilmesi (m.135), Verileri Hukuka Aykırı Olarak Verme Veya Ele Geçirme(m.136), Verileri Yok Etmeme (m.138) suçları düzenlenmiştir. Bu suçlardan özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun diğer suç tiplerine göre genel nitelikte olduğunu kabul edilmektedir. Bu görüş özel hayatın gizliliği kavramına ilişkin tarihi gelişime uygundur. Özel hayatın gizliliği ilk olarak yaygınlaşan gazetecilik faaliyetleri ile gündeme gelmiştir. Haberleşmenin gizliliğinin benimsenmesi de iletişim araçlarının gelişmesiyle beraber gerçekleşmiştir. Kişisel verilerin korunması da benzer şekilde gelişen bilgisayar teknolojisinin gelişmesi ile tartışılmaya başlanmıştır. Ancak bütün bu tartışmaların özel hayatın gizliliği hakkı çerçevesinde şekillendiğini kabul etmeliyiz. Dolayısıyla gerek kişisel verilerin korunması, gerekse haberleşmenin gizliliği özel hayatın gizliliği kapsamından çıkmış ve kendi özel alanlarını oluşturmuş konulardır.

Bugün yapılan bir telefon görüşmelerinin dinlenmesi 132.maddede düzenlenen suçu oluşturacaktır. Bu telefon görüşmesinin içeriğinin alelade, özel hayat içerisinde olmayan konulara ilişkin olması önem taşımamaktadır. Yani burada haberleşmenin bizzat kendisi korunmaktadır. Tabi bu suretle özel hayatın gizliliğinin korunduğu da kabul edilir. Kişisel verilerin korunmasında da benzer bir durum vardır. Kişisel verilerin korunmasında hedef, verileri işleyen kişileri yasal bir rejime tabi tutmaktır. Burada işlenen verinin özel hayata ilişkin olması, herkes tarafından bilinip bilinmemesi önemli değildir. Önemli olan kişisel verileri işleyen şahsın ilgili yasal rejime tabi olup olmamasıdır. Bu yasal rejime tabi olmayan bu yasal rejimin sınırlarını aşan şahıs, kişisel verileri koruyan suçların faili olacaktır. Buna karşılık kişisel verileri işlemeyen kişi bu yasal rejime tabi değildir. Bu nedenle bu suçların faili olamayacaktır.

Bildirimizde bu yasal rejime tabi olan kişileri veri kayıt sistemlerinin muhatabı olan kişiler olarak belirledik. Bu belirlememiz KVKK'da yapılan belirleme ile uyum içerisinde. Taraf olduğumuz *Kişisel Verilerin Otomatik İşlenmesi Sırasında Gerçek Kişilerin Korunmasına İlişkin Sözleşme* sadece otomatik işlenen kişisel verileri koruma altına almaktadır. KVKK ise otomatik olmayan yollarla işlenen verileri de koruma altına almaktadır. Ancak korumanın veri kayıt sistemleri ile ilgili olduğu da kabul edilmektedir (m.2).

Kişisel verileri koruyan suç düzenlemeleri açısından Avrupa'ya bakıldığında yukarıda ifade ettiğimiz sistemin benimsendiğini müşahade etmekteyiz. Bazı ülkelerde kişisel verileri koruyan suçlar Kişisel Verileri Koruma Kanunlarında düzenlenirken bazı ülkelerde bizde olduğu gibi Ceza Yasalarında düzenlenmektedir. Ancak her iki sistemde de kişisel verilerin korunmasına ilişkin hükümlere yapılan atıfla suç içeriği belirlenmektedir. Avrupa'da genel itibariyle kişisel verileri koruyan suçların kişisel verileri koruyan yasal rejime karşı işlendiğini kabul etmemiz yanlış olmayacaktır.

TCK'daki düzenlemeler ise kişisel verileri koruyan yasal rejimden bağımsız olarak düzenlenmiştir. Ancak bizim kanaatimiz KVKK'nın yasalaşmasından sonra bu suç tiplerinin KVKK ile birlikte yukarıda özetlediğimiz şekliyle değerlendirilmesidir. Lehe sonuçlar doğuracak bu yorum yönteminin kanunilik ilkesine de aykırı olmayacağı kanaatindeyiz.

Burada öne sürülecek en önemli itiraz ise sosyal medyada paylaşılan günlük resimlerin suç oluşturmamasının doğru olmayacağına ilişkindir. Yine sosyal medyada veya bir internet sitesinde kişinin telefonu, adresi gibi hususların paylaşılması halinde kişisel verilerin yayılmaması suçundan cezalandırılmaya gidilmemesi de eleştirilebilir. Ancak burada paylaşımların veri kayıt sistemi niteliğindeki bir siteden yapılması halinde suçun oluşacağı kabul edilmelidir. Eğer veri kayıt sistemi niteliği taşımayan bir mecrada paylaşım yapılmışsa bu durumda özel hayatın gizliliğinin ihlali suçunun gerçekleşip gerçekleşmediği irdelenmelidir⁶³. Telefon numarası, adres bilgileri gibi hususlar pekâlâ özel hayat içerisinde değerlendirilebilir. Ayrıca günlük hayatta çekilmiş fotoğraflar da özel hallerimizi içeriyorsa özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirilebilir. Özel hayatımızı magazinsel olaylarla sınırlandırmak doğru değildir⁶⁴. Ailemizle yediğimiz akşam yemeğinin yabancı birisi tarafından gözetlenmesi de özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirilmelidir. Buna karşılık yapılan bu yorumlamalara rağmen paylaşılan bilgi özel hayatın içerisinde değerlendirilemiyorsa sorun medeni hukukta kişilik haklarına saldırı çerçevesinde (TMKm.23-25) çözümlenebilecektir.

Öte yandan bu düşüncelerimizin özellikle örgütlü suçlarda ‘fişleme’ olarak adlandırılan eylemlerin kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan sorumluluğa engel teşkil etmediğini vurgulamalıyız. Çünkü bu örgütler elde ettikleri verileri sistemli biçimde kaydetmektedirler. Bu nedenle bu tür olaylarda bir veri kayıt sisteminin varlığı zaten söz konusudur. Bu kişilerin, kişisel

⁶³ “Dosya kapsamına göre; erkek arkadaşının sanık D.ile kendisini aldattığını düşünen sanık A.’nın, bir sosyal paylaşım sitesine “O. E.” Adıyla üyelik işlemleri yaparak, elektronik posta adresi oluşturduğu sitede, bir başka bayana ait göğüs dekoltesi bir resim koyup, sanık D’e ait cep telefonu numarasına da yer vermesi sonucu, tanımadığı kişiler tarafından telefonundan aranarak cinsel içerikli arkadaşlık teklifleri alan sanık D’in, cep telefonu numarasını yayan kişinin sanık A. olduğunu öğrenmesi üzerine, kendisini telefonundan arayan tanımadığı kişilere, telefon numarasını değiştirdiğini belirterek, sanık A’nın kullanımındaki cep telefonu numarasını verdiği ve sanık A’nın da tanımadığı kişiler tarafından telefonundan aranarak rahatsız edilmesi üzerine her iki sanığın birbirlerinden şikayetçi olup, bilahare şikayetlerinden vazgeçtikleri olayda... sanıkların üzerine atılı verileri hukuka aykırı olarak verme veya ele geçirme suçunun soruşturulması ve kovuşturulması şikayete bağlı olduğu gözetilmeden. 12.CD, E.2012/222005, K.2013/24489, T:4.11.2013 Artuk/Gökçen/Yenidünya, s.4649. Eğer söz konusu kararda görüşümüz şeklinde bir değerlendirme yapılmış olsaydı her iki sanık hakkında düşme kararı onanmış olacaktı.

⁶⁴ ‘Danışman’ kimlik kartı, ehliyet numaraları, araba plakaları, telefon numarası gibi hususları özel hayatın gizliliği içerisinde değerlendirmiştir. Danışman, s.4-5.

verilerin işlenmesi için geçerli olan yasal rejime tabi olmaları gerekir. Burada bir başka soru örgütlerin kişisel verileri ele geçirirken izledikleri yöntemlerin cezai sorumluluğunun belirlenmesi noktasındadır. İfade edelim ki illegal veri elde etme yöntemleri çoğu kez veri kayıt sistemlerini hedef alırlar. Bu durumlarda görüşümüz doğrultusunda kişisel verilerin elde edilmesi suçtu olacaktır. Buna karşılık kişinin tanıdıklarına sorulması suretiyle kişisel veri elde edilmesi noktasında farklı düşünülmelidir. Burada elde edilen bilgiler özel hayat içerisinde ise özel hayatın gizliliğinin ihlal suçtu olacaktır. Buna karşılık elde edilen bilgiler kişinin özel hayat alanı içerisinde değilse bu bilgileri kaydeden örgüt mensubu kişisel verilerin kaydedilmesi suçundan sorumlu olacaktır. Özel hayat kapsamında olmayan kişisel veri, veri kayıt sistemi olmaksızın elde edilmiş ancak kaydedilememişse bu durumda kişisel verileri kaydetme suçuna teşebbüs edilmiş olacaktır. Özel hayatın içerisinde olmayan kişisel veriler üçüncü kişilerden salt elde edilmiş ancak kaydedilmesi düşünülmemişse bu durumda cezai sorumluluğa gitmeye gerek olmadığı kanaatindeyiz.

KAYNAKÇA

- AKGÜL, Aydın: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Kişisel Verilerin Korunması Hakkı, Terazi Hukuk Dergisi, Cilt: 9, Sayı: 92, Nisan 2014, Sayfa: 72-81.
- AKYÜREK, Güçlü: “Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçu”, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2014.
- ALBAYRAK, Mustafa: Suçta ve Cezada Kanunilik İlkesi Karşısında Kişisel Verilerle İlgili Suçların Değerlendirilmesi, Terazi Hukuk Dergisi, C.9, S.98, 2014, Sayfa: 55-68.
- ARSLAN, Çetin: Avrupa Birliği Hukukunda Kişisel Verilerin Üçüncü Kişilere Aktarılması, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Prof. Dr Köksal Bayraktara Armağan, C.1, 2010, s.447-487.
- ARTUK, Mehmet Emin/GÖKCEN, Ahmet/YENİDÜNYA, Caner, C Türk Ceza Kanunu Şerhi, C.3, 2.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2014.
- AYDIN, Sedat Erdem, AİHM İçtihatları Bağlamında Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu, 1.Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2015.
- AYÖZGER ÖNGÜN, Çiğdem: Kişisel Verilerin Korunması Hukuku, Elektronik Haberleşme Sektörüne İlişkin Özel Düzenlemeler Dahil, 2.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul 2019.

- BAINBRIDGE, David I: "Processing Personal Data and the Data Protection Directive." Information & Communications Technology Law, V. 6, I.1, 1997, p. 17-40.
- ÇEKİN, Mesut Serdar: *"Avrupa Birliği Hukukuyla Mukayeseli Olarak 6698 Sayılı Kişisel Verilerin Korunması Kanunu*, 1.Baskı, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- DANIŞMAN, Ahmet, Ceza Hukuku Açısından Özel Hayatın Korunması, Konya 1991.
- DÜLGER, Murat Volkan: *"Kişisel Verilerin Korunması Hukuku"*, 1.Baskı, Hukuk Akademisi, İstanbul 2019.
- ERDOĞAN, Yavuz: Kişisel Verilerin Korunması Bakımından Türk Ceza Kanunu Hükümlerinin Değerlendirilmesi (Madde 135, 136, 137, 138), EÜHFD, C.8, S.2, 2013, s.569-632.
- FUSTER, Gloria Gonzales, The Emergence of Personal Data Protection as a Fundamental Right of the EU, Law, Governance and Technology Series, V.6, Brussel 2014.
- GOLA, Peter/HECKMANN, Dirck, Bundesdatenschutzgesetz 13. Auflage, C.H.Beck, 2019.
- GÖNEN, Doruk: Tüzel Kişilerde Kişilik Hakkı ve Korunması, Onikilevha Yayıncılık, İstanbul 2011.
- GÖZLER, Kemal, Hukuka Giriş, 10.Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa 2013.
- HAFIZOĞULLARI, Zeki, ÖZEN Muharrem: Özel Hayata ve Hayatın Gizli Alanına Karşı Suçlar, Ankara Barosu Dergisi, Y.67, S.4, 2009, s.9-22.
- HAKERİ, Hakan: Tıp Hukuku, 4.Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2012.
- HARBOUR, J. Laurel/MACDONALD, Lan D./GİLL, Elen: Protection of Personal Data: The United Kingdom Perspective, Defense Counsel Journal, I.70, 2017, s.99-105.
- HENKELOĞLU, Türkay, *Bilgi Güvenliği ve Kişisel Verilerin Korunması*, 1.Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara 2015.
- KALABALIK, Halil: İnsan Hakları Hukuku, 5.Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2017.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Kişisel Verilerin Kaydedilmesi Suçu (TCK m.135), DEÜHFD, C.21, Durmuş Tezcan'a Armağan, 2019, s.69-93.
- KOCA, Mahmut/ÜZÜLMEZ, İlhan: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 7.Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara 2020.
- KORKMAZ, İbrahim: Kişisel Verilerin Ceza Hukuku Kapsamında Korunması, 2.Baskı, Seçkin Yayıncılık Ankara 2017.
- KÜZECİ, Elif: *"Kişisel Verilerin Korunması"*, 2.Baskı, Turhan Kitapevi, Ankara 2018.

- ÖZBEK, Veli Özer: Yeni Türk Ceza Kanununun Anlamı (Açıklamalı-Gerekçeli-İçtihatlı), C.2, Özel Hükümler (Madde 76-169), Uluslararası Suçlar ve Kişilere Karşı Suçlar, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2008.
- SOYASLAN, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 11.Baskı, Yetkin Yayınevi, Ankara 2016.
- ŞEN, Ersan, Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu (Cilt:1), İstanbul 2016.
- ÜNVER, Yener: Kişisel Verilerin Korunması, GÜHFD, C.5, S.1, 2018, s.163-196.
- WALDEN, Ian.: "Anonymising Personal Data." International Journal of Law and Information Technology, V.10, I.2, 2002, p. 224-237.
- WARREN, Samuel D./BRANDEİS, Louis D.: Mahremiyet Hakkı, Çeviren: Gülay Arslan, Özel Yaşam Medya ve Ceza Hukuku, Karşılaştırmalı Güncel Ceza Hukuku Serisi 7, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2007.
- ZAFER, Hamide: Özel Hayatın ve Gizli Alanın Ceza Hukukuyla Korunması (TCKm.132-134), 1.Baskı, Beta Yayınevi, İstanbul 2010.

HUKUK TARİHİ

TÜRKİYE CUMHURİYETİ'NDE MODERN HUKUK EĞİTİMİNİN KURULUŞU VE GELİŞİMİ

Halil İbrahim ÇELİK¹

Öz

Türkiye Cumhuriyeti, Atatürk'ün siyasi, sosyal ve ekonomik görüşleri ekseninde kurulmuş ve gelişmiştir. Yeni devletin gelişim sürecinde öncelikli adım eğitim ve hukuk alanlarının laikleştirilmesi olarak belirlenmiştir. Tanzimat döneminden itibaren Türk modernleşmesi öncelikle hukuk alanında gelişme göstermiştir. Türkiye Cumhuriyeti'nin çağdaş uygarlık seviyesine ulaşma hedefinin en önemli basamaklarından birisi hukuk alanında modernleşmedir. Hedeflenen hukuk sisteminin kurulması öncelikle planlanan hukuk sistemine uygun hukuk adamları yetiştirmekle mümkün olacağı düşüncesi Milli Mücadele döneminde Mustafa Kemal Paşa'nın konuşmalarında ifade edilmiştir. Bu düşüncenin bir sonucu olarak 1922 yılından itibaren Ankara'da hukuk mektebi açmak için çalışmalar başlamıştır. Cumhuriyetin devrimci yapısı tutarlı bir hukuk sistemi üzerinde bütünleşmeyi zorunlu kılıyordu. Mustafa Kemal Atatürk, çağdaş ve milli bir hukuk sistemi kurma hedefini 5 Kasım 1925 tarihinde Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nin açılışında yaptığı konuşmada ifade etmiştir. Ankara Adliye Hukuk Mektebi, cumhuriyet döneminde açılan ilk yükseköğretim kurumudur. Cumhuriyetin ilk yıllarında yeni başkent Ankara'da hukuk mektebinin kurulması hukuk eğitiminin önemli adımlarından birisi olarak değerlendirilmektedir. 17 Şubat 1926 tarihinde İsviçre Medeni Kanunu örnek alınarak Türk Medeni Kanununun düzenlenmesi modern hukuk eğitimine olan ihtiyacı artırmıştır. Hukuk Eğitimi alanında bu adımlar atılırken Osmanlı Devleti yeniden yapılanma döneminin birikimi ile birlikte batılı devletlerdeki yasal düzenlemelerden ve batılı hukuk eğitimcilerinden de yararlanılmıştır.

Ankara'da genç cumhuriyetin ruhuna uygun bir hukuk mektebi açılırken İstanbul'da ise Darülfünun ilga edilerek yerine İstanbul Üniversitesi kurulmuştur. 1933 tarihli üniversite kanunu ile İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nde hukuk eğitiminin toplumun güncel ihtiyaçlarına ve devrim ilkelerine uygun olarak düzenlenmesi amaçlanmıştır. Bu çalışmalarda İsviçreli akademisyen Prof. Dr. Albert Mahche'nin yükseköğretim raporu da etkili olmuştur. Ankara ve İstanbul hukuk fakültelerinin açılışı Türkiye'de modern hukuk eğitiminin kuruluşu ve

¹Dr., Necmettin Erbakan Üniversitesi, hicelik@erbakan.edu.tr, ORCID ID: /0000-0001-5500-4226.

gelişiminin iki önemli adımıdır. Türkiye’de 1933 Üniversite reformu ile hukuk eğitimi, üniversite içerisinde yüksek öğretimin bir bölümü olarak düzenlenmiştir. Türkiye’de hukuk eğitimi dönemin toplum ihtiyaçları ve Mustafa Kemal Atatürk’ün çağdaşlaşma hedefi birlikte değerlendirilerek modernize edilmiştir. Çalışmada Cumhuriyet’in ilk hukuk fakülteleri olan Ankara ve İstanbul hukuk fakültelerinin kuruluşu, eğitim süreçleri ve ders programları arşiv kaynakları ve literatür değerlendirilerek incelenmiştir. Türkiye’de hukuk sisteminin niteliği öncelikle hukuk eğitimi ile ilişkilidir. Günümüz hukuk eğitiminin karşılaştığı sorunların çözümünün modern hukuk eğitim sisteminin kökenlerinin anlaşılması ile mümkün olacağı düşünülmektedir.

Anahtar Kelimeler: Hukuk eğitimi, Modernleşme, Ankara Hukuk Fakültesi, İstanbul Hukuk Fakültesi,

Establishment and Development of Modern Legal Education in the Republic of Turkey

Abstract

The Republic of Turkey was founded and developed on the axis of Atatürk’s political, social, and economic views. The primary step in the development process of the new state has been determined as the secularization of the fields of education and law. Since the Tanzimat period, Turkish modernization has developed primarily in the field of law. One of the most critical steps of the Republic of Turkey’s goal of attaining the level of contemporary civilization is modernization in the field of law. The idea that the establishment of the targeted legal system would be possible by instructing people in the field of law in accordance with the planned legal system that was expressed in the speeches of Mustafa Kemal Pasha during the National Struggle. As a result of this thought, actions have started to open a law school in Ankara in 1922. The revolutionary structure of the Republic necessitated the integration of a coherent legal system. Mustafa Kemal Atatürk expressed his goal of establishing a modern and national legal system in his speech at the opening of Ankara Courthouse Law School (Ankara Adliye Hukuk Mektebi) on November 5, 1925. Ankara Courthouse Law School was the first higher education institution opened in the republic period. In the first years of the Republic, establishing a law school in the new capital Ankara is considered one of the crucial steps of legal education. The regulation of the Turkish Civil Code on February 17, 1926, taking the Swiss Civil Code as an example, increased the need for modern legal education. While these steps were taken in the field of Legal Education, together with the accumulation of the Ottoman Empire’s restructuring period, the legal regulations in the western states and western legal educators were also used.

While a law school in line with the spirit of the young Republic was launched in Ankara, the Darülfünun was abolished in Istanbul, and Istanbul University was established in its place. With the university law of 1933, it was intended to organize legal education at Istanbul University Faculty of Law in accordance with the current needs of the society and the principles of revolution. Swiss academician Prof. Dr. Albert Malche's report on higher education was also influential in these studies. The opening of Ankara and Istanbul law faculties was two essential steps in establishing and developing modern legal education in Turkey. With the 1933 University reform in Turkey, legal education was organized as a part of higher education within the university. Legal education in Turkey has been modernized by evaluating the social needs of the period and the modernization goal of Mustafa Kemal Atatürk. In the study, the establishment, educational processes, and curricula of Ankara and Istanbul law faculties, the first law faculties of the Republic, were examined by evaluating archive sources and literature. The quality of the legal system in Turkey is primarily related to legal education. It is believed that solving the problems faced by today's legal education will be possible by understanding the origins of the modern legal education system.

Keywords: Legal Education, High Education, Modernization, Law Reform, Albert Malche

GİRİŞ

Türkiye’de Hukuk Fakültesi öğretim elemanı olarak görev yapan Almanya vatandaşı Roma hukukçusu Andras B. Schwarz, İsviçre medeni kanununun Türkiye’de örnek alınması ile ilgili olarak “*hangi gelişme, Alp Dağları’nda yapılan bir hukukun Güney’in sıcak güneşi altındaki bu ülkede kabul edilmesine yol açmıştır?*” sorusu ile Türkiye’de hukuk reformu ihtiyacının temel sorusunu dile getirmiştir.² Devletlerin hukuk alanında yeniden yapılanmaya ihtiyaç duyması, mevcut düzenlemelerin toplum ihtiyacını karşılamakta yetersiz kalması ve toplumun yeni bir medeniyet iklimine taşınması hedefi ile açıklanabilir.³ Cumhuriyet döneminin ilk yıllarında Türkiye’de hukuk eğitiminde hukuk sistemini yenilemek amacı ile gerçekleştirilen düzenlemelerde bu iki nedenin de etkili olduğu anlaşılmaktadır. Esasen hukuk eğitiminde yeniden yapılanma çalışmaları Osmanlı Devleti’nde XIX. yüzyılın ortalarından itibaren ivme kazanmıştır. Cumhuriyet Türkiye’sinin Osmanlı Devleti’nden devraldığı yükseköğretim mirası 18 Haziran 1869 tarihli Maarifi Umumiye Nizamnamesi⁴ ile kuruluşu planlanan ancak dönemin siyasi şartlarının da etkisi ile üç kez açılıp tekrar kapatılan ve nihayet 1900 yılında Darülfünun-ı Şâhâne adı ile açılan, adı 1908 yılında Darülfünun-ı Osmanî ve Cumhuriyet döneminde İstanbul Darülfünunu olarak değiştirilen yükseköğretim kurumudur.⁵ Maarifi Umumiye Nizamnamesinin 82. maddesine göre Darülfünunda İlm-i hukuk şubesi açılması ve bu şubede Osmanlı hukuku derslerinin yanında Roma kanunları, Fransız hukuk-ı adiyeye kannunnamesi ile birlikte Hukuk-ı Mîlel derslerinin okutulması kararlaştırılmıştır.⁶ Bu planlamaların gerçekleştirilemediği ve hukuk şubesinin eğitimini sürdüremediği bilinmektedir. Öğretime üç kez ara verdikten sonra 1902 yılında

² Gözaydın, İhtar B. “Türkiye Hukukunun Batılılaşması”, *Modernleşme ve Batıcılık*, C.III, (Editörler: Tanıl Bora, Murat Gültekingil), 4. Baskı, İletişim Yayınları., İstanbul, 2007, s. 286.

³ Ertan, Temuçin F. “Türk Hukuk Sisteminde Çağdaşlaşma”, *Türkler*, C. XVII, (Editör: Hasan Celal Güzel vd.), Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, ss. 367-376.

⁴ *Arşiv Belgelerine Göre Osmanlı Eğitiminde Modernleşme*, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, İstanbul, 2017, s. 113.

⁵ Yalçın, Durmuş. “Yükseköğretim”, *Türkiye Cumhuriyeti Tarihi II*, (Editör: Durmuş Yalçın vd.), Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2011, s. 137; Koyuncu, Nuran. “Türk Hukuk Mektebinin Doğuşu”, *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVI, Y. 2012, s. 166; Yaşar, Selman. *1933 Üniversite Reformu Sürecinde Ankara’da Görevli Alman Uzmanlar ve Yaptıkları Çalışmalar*, İKSAD Publishing Hause, Ankara, 2021, s. 1.

⁶ *Arşiv Belgelerine Göre...*, s. 113.

istikrar kazanan Darülfünun hukuk mektebi 1923 yılında günümüzde İstanbul Üniversitesinin bulunduğu eski Harbiye Nezareti binasına taşınmıştır. Cumhuriyet hükümeti okula 1 Nisan 1924 tarihli ve 439 sayılı kanun ile “hükmî şahsiyet ve mülhak bütçe ile idare olunma hakkı” tanımıştır. 7 Ekim 1925 tarihinde ise ilmî ve idarî muhtariyet tanınarak şubelerine medrese yerine fakülte denilmeye başlanmıştır.⁷

1921 yılında Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edilen anayasanın “egemenliğin kayıtsız şartsız millete ait olduğu” hükmü Türk kamu hukukunda egemenliğin kaynağı ve hukuk normları bakımından büyük bir yenilik olarak görülmektedir.⁸ Mustafa Kemal Atatürk, Milli Mücadele döneminde Türkiye’de Batı örnekleri ışığında bünyesinde hukuk fakültesi de bulunan modern bir üniversite kurulmasına ihtiyaç olduğunu düşünmüştür.⁹ Onun düşüncesine göre yasaların modern normlara göre belirlendiği hukuk sistemini uygulamak için yeni koşullara uygun hukuk adamı yetiştirmek gerekiyordu. Buna karşın 1920’li yıllarda Türkiye’de hukuk eğitimi veren tek kurum olarak Darülfünun Hukuk Fakültesi bulunuyordu. Bu fakülteden Cumhuriyet hükümetinin beklentisi yeni döneme uyumlu hukuk adamları yetiştirmesidir. Darülfünun’un bu gerekliliği öncelikle kendi içerisinde görmesi ve ihtiyaç duyulan yenilikleri içeriden bir girişim ile yapması beklenmiştir.¹⁰ Ancak işleyişin beklentiye uygun olmadığını süreç göstermektedir. Bu nedenle de hükümet değişimi merkezi otorite olarak gerçekleştirme zorunda kalmıştır.¹¹

Osmanlı Devleti hukuk eğitimi mirasının dışında Cumhuriyet Türkiye’sinin ilk hukuk eğitim kurumu Ankara’da kurulan Adliye Hukuk Mektebidir. Ankara’da kurulan Adliye Hukuk Mektebi Türk hukuk eğitiminde modernleşmenin önemli kazanımlarından

⁷ Yalçın, s. 138; Akyüz, Yahya. *Türk Eğitim Tarihi*, Pegem Akademi Yayınları, 33. Baskı, Ankara, 2020, s. 358.

⁸ Mumcu, Ahmet. Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 372.

⁹ Sayılı, Aydın. “Atatürk, Bilim ve Üniversite”, *Belleten*, C. XLV/I, S. 177, 1981, s. 33.

¹⁰ Gazi Mustafa Kemal Atatürk, *Eğitim Politikası Üzerine Konuşmalar*, (Hazırlayan: Kemal Aytaç), 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984, s. 77; Özcan, Mehmet Tevfik. “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kuruluşunun Tarihiçesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C.61, 2003, s. 89.

¹¹ Ergün, Mustafa. *Atatürk Devri Türk Eğitimi*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2021, s. 135.

birisidir. Türk eğitim sisteminde yükseköğretimin modernleşmesi cumhuriyet hükümetinin beklentilerinin en yüksek olduğu alanların başında gelmektedir. Bu beklenti Maarif Vekili Mustafa Necati Bey tarafından “*Ulusun üniversiteye bağladığı umudu haklı gösterecek güçlü kanıt da sayın müderrislerimizin, öğretmenlerimizin yayınları ve yapıtları olacaktır. Darülfünun, Türkiye'nin bütün aydın takımının bilimsel odağıdır. Buradan çıkacak araştırmalar ve yapıtlar, Türk aydınlarını yükseltecektir. Sizin yapacağınız eserlerdir ki yurt aydınlarına yeni ufuklar açacak ve Türkiye'ye kültür alanında uluslararası bir onur kazandıracaktır. Bir ulusun uygarlık yeteneğine ve yaşam gücünü en yüksek kerte de temsil eden kurum Darülfünun olduğu için Darülfünunumuzun her alanda öteki uygar ulusların üniversiteleri düzeyine çıkma zorunluluğunda olduğunu özellikle belirtmek isterim*” cümleleri ile ifade edilmiştir. Mustafa Kemal Atatürk'ün büyük önem ve değer verdiği Maarif Vekilinin bu sözleri ile Cumhuriyet idaresi Darülfünundan uluslararası düzeyde araştırma ve yayınlar yapması, çağdaşlaşmanın öncüsü olmasını beklediğini göstermekteydi.¹² Bu beklentiye göre Yükseköğretim Cumhuriyetin temel değerleri ile uyumlu ve çağdaş olmalıdır.¹³ Türkiye Cumhuriyeti adalet sistemindeki çoklu yapıya son vererek toplum ve devlet hayatında hukuk birliğini sağlama amacıyla hukuk reformlarını yapmıştır. Diğer yandan hukuk alanında modernleşme toplumsal alanda gerçekleştirilen çağdaşlaşma çalışmaları ile doğrudan ilişkilidir.¹⁴

Cumhuriyet döneminde modernleşme yönünde en önemli inkılaplar hukuk alanında gerçekleştirilmiştir. Sosyal bilimler alanında çalışan akademisyenlerce Türk modernleşme sürecinin özünün hukuk olduğu tespiti yapılmıştır.¹⁵ Bu reformları gerçekleştirebilmek için Darülfünun'un 1920'li yıllardaki durumu yeterli bulunmuyordu. Cumhuriyet Türkiye'sinin yasalarında kökten değişiklikler yapıldığı halde Darülfünun hukuk fakültesi yeni kanunları ders programına almaktan başka bir çalışma

¹² Namal, Yücel. “Türkiye’de 1933–1950 Yılları Arasında Yükseköğretime Yabancı Bilim Adamlarının Katkıları”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, C. II, S. 1, Nisan 2012, s. 14.

¹³ Özcan, 2003, s. 160.

¹⁴ Zürcher, Erik Jan *Modernleşen Türkiye'nin Tarihi*, 7. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000, s. 272.

¹⁵ Berkes, Niyazi. *Türkiye’de Çağdaşlaşma*, 29. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019, s. 527.

yapmamıştı. Mustafa Kemal Atatürk ise yükseköğretimde tepeden turnağa reform yapılmasını hedefliyordu.¹⁶ Türkiye’de Atatürk’ün düşünce ve hedefleri doğrultusunda hukuk eğitimi için Ankara ve İstanbul Hukuk Fakülteleri açılmıştır. Türkiye’de hukuk eğitimin kuruluş ve gelişimini sağlayan bu hukuk fakültelerinin öğretim süreçleri kronolojik sırası ile incelenmiştir.

1. ANKARA ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Osmanlı Devleti, XIX. yüzyılda kapitülasyonlar ve azınlıklar ile ilgili hukuki problemlerin çözümü hedefi ile Tanzimat Fermanının ruhuna uygun hukukçu yetiştirmek düşüncesiyle İstanbul dışında da hukuk mektepleri açmıştır. Osmanlı Devleti’nin İstanbul dışında en yaygın modern yükseköğretim kurumları hukuk mektepleridir.¹⁷ Balkan Savaşları ve I. Dünya Savaşı sürecinde bu mekteplerin bulunduğu Selanik, Bağdat ve Beyrut şehirleri kaybedilmiş ve okullar kapanmıştır. Konya’daki hukuk mektebi ise eğitime devam edememiştir. Ankara’da milli meclisin açılışı ile birlikte fiilen yeni bir devletin kurulması ile hukuk eğitimi ihtiyacı ortaya çıkmıştır. 1 Mart 1922 tarihinde henüz Cumhuriyet ilan edilmeden Büyük Millet Meclisi ikinci dönem ilk oturum toplantısı açılış konuşmasında Mustafa Kemal Paşa devletin önemli organlarından birisinin de hukuk olduğunu, hukukun görevinin hızlı, isabetli ve emniyetli bir adalet sağlamak olduğunu ifade etmiştir. Atatürk’ün bu konuşmasındaki “*hukuk-i medeniyede, hukuk-i ailede izleyeceğimiz yol ancak medeniyet yolu olacaktır*” cümlesi ile ifade edilen devrimci yaklaşım kamuoyu tarafından gerektiği gibi değerlendirilmemiştir.¹⁸ Mustafa Kemal Paşa’nın bu meclis konuşmasının bir sonucu olarak 1922 yılı bütçesine Ankara’da bir hukuk fakültesi açılması için ödenek konulmuştur. Mustafa Kemal Paşa “*Adliye bakanlığımız mevcut mahkemelerimizi özel niteliklere sahip hakimlerle teçhiz ve takviye edebilmek için hukuk fakültesi kurulmasına karar vererek yüce meclisin olurlarını almıştır*” ifadeleri ile hukuk fakültesinin kuruluş iradesini

¹⁶ Widmann, Horst. *Atatürk ve Üniversite Reformu*, Kabcacı Yayınları, İstanbul, 1999, s. 72

¹⁷ Ergün, s. 141.

¹⁸ Bozkurt, Gülhinal, *Batı Hukukunun Türkiye’de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010, s. 183; Akçaoğlu, Ertuğrul. “Ankara Hukuk Fakültesi’nin Kuruluşu ve İlk Günleri”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80, 2013, s. 372; Yücel, M. Serhan. “Ankara Adliye Hukuk Mektebinin İlk Yılı”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 4, S. 26, Mart 2016, s. 362.

duyurmuştur.¹⁹ Bu gelişmelerden hukuk alanında reform ve hukuk eğitiminin düzenlenmesi çalışmalarının cumhuriyetin ilanından önce planlandığını ve uygulamaya geçildiği anlaşılmaktadır. Diğer yandan Lozan Anlaşmasında müzakereler sürerken ekonomik alandaki kapitülasyonlar ile birlikte hukuki kapitülasyonlarında kesin olarak ret edildiği, Türk delegasyonunun İtilaf devletleri temsilcilerinin ısrarlı tutumuna karşı net bir tutum takındığı bilinmektedir. Mustafa Kemal Paşa 23 Ocak 1923 tarihinde Bursa’da yaptığı konuşmada bu gelişmeleri Türk kamuoyu ile paylaşmış ve Türk delegelerine bu konuda taviz verilmemesine ilişkin emir verdiğini bildirmiştir.²⁰ Lozan Konferansı görüşmelerinde azınlık cemaatleri hukuk alanında eski ayrıcalıklarının sürdürmek istemişlerdir. Avrupalı devletler ise kapitülasyonların hukuki boyutları ile devamını talep etmişlerdir. Türk hükümeti bu talepler karşısında Türkiye’de tek hukuklu bir sistem kurmak istemiştir. Lozan görüşmelerinde hukuki kapitülasyonların sürdürülmesine ilişkin İngiliz tezlerine karşı politika geliştirilmesi ihtiyacı hukuk alanında modernleşmeyi zorunlu kılıyordu. Ülkenin tam bağımsızlığı ve bütünlüğü için gerekli görülen bu hukuk sistemi laik bir hukuk sistemidir.²¹

Milli Mücadele döneminden itibaren Osmanlı Devletinin çok hukuklu kanun düzeni yerine tüm vatandaşların tabi olduğu ortak bir hukuk sistemi cumhuriyet inkılaplarının önemli başlıklarından birisi olarak görülmüştür. Yeni oluşturulmaya çalışılan hukuk sistemini sürdürmek için modern yaklaşıma sahip hukukçulara ihtiyaç duyulmuştur. Bu yaklaşımların bir sonucu olarak 5 Kasım 1925’de (5 Teşrinisani 1341) Ankara’da yatılı (leyli) Adliye Hukuk Mektebi açılmıştır.²² Esasen mektebin açılışından 4 yıl 7 ay önce, 16 Mart 1921’de Katamonu Milletvekili Abdülkadir Kemalî Bey Ankara’da hukuk mektebi açılmasına dair bir kanun teklifi sunmuş, ancak bu teklif Maarif Encümeni tarafından okul binası ve eğitimci olmadığı gerekçeleri ile kabul edilmemiştir. Bu girişimden milli meclisin Ankara’da bir hukuk mektebi açılmasına esastan bir itirazı

¹⁹ Mütercimler, Erol. *Fikrimizin Rehberi*, 6. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2008, s. 1068.

²⁰ Mütercimler, s. 1068.

²¹ Mumcu, Bozkurt, s. 372.

²² TBMM ZC, Devre: II, C. XIV, 23.2.1925: s. 286; İnan, Afet, “M. Kemal Atatürk Ankara Hukuk Mektebi’nin Öğretim Kurulu Fahrî Başkanı”, *Belleten*, C. XXXVIII, S. 149, 1974, s. 117.

olmadığı, ancak yeni mektebin yetişmiş insan kaynağı ve mali yetersizliklerden dolayı açılmadığı anlaşılmaktadır.²³

Bu ilk girişimden 4 yıl 7 ay sonra açılan Ankara Adliye Hukuk Mektebi cumhuriyetin ilk yükseköğretim kurumudur. Hukuk Mektebinin açılışı tartışmalarında dönemin şartları gereği açıkça ifade edilmese de dönemin Adalet Bakanı Mahmut Esat (Bozkurt) Bey'in, eski hukuk sistemi ile ilişkisi olmayan modern hukuk eğitimi almış hakimler yetiştirmek istediği daha sonra yaptığı çalışmalardan anlaşılmaktadır. Nitekim Mahmut Esat Bey'in hukuk mektebinin açılışı için Avrupa'da eğitim görmüş hukukçulardan 15 Eylül 1925 tarihinde bir komisyon oluşturması onun hukuk eğitiminde modern yaklaşımını göstermektedir. Adalet Bakanı, hukukta *Ankara Ekolü* kurmak istiyordu. Kars Milletvekili Ağaoğlu Ahmet Bey, Ankara Hukuk Mektebinin ders müfredatının İstanbul Hukuk Fakültesi ile benzer olacağına ilişkin değerlendirmeye "yalnız Ankara zihniyetiyle" ifadesi ile açıklama getirmiştir.²⁴ Diğer yandan Mahmut Esat Bey'in *Ankara Ekolü* kurma düşüncesinde Harvard Mektebi, Bordeaux Mektebi gibi örneklerin de etkisi olmuştur.²⁵

Adalet bakanlığına bağlı olarak açılan mektebin 3 yıl süreli eğitim vermesi planlanmış ve mezunlarının İstanbul Darülfünun Hukuk Fakültesi mezunları ile aynı haklara sahip olması karara bağlanmıştır. Ankara Adliye Hukuk Mektebinin Adliye Vekaletine bağlanması ve meslek mektebi olarak değerlendirilmesi meclis görüşmeleri sırasında tartışılmıştır. Konya Milletvekili Mustafa Fevzi Efendi, mektebin İstanbul Darülfünun Hukuk Fakültesi gibi Maarif Vekaletine bağlı olması gerektiğini ifade etmiştir. Adliye Vekili Mahmut Esat Bey okulun idari yapısının şekli bir mesele olduğunu, öz ile ilgili olmadığını açıklamıştır. Adliye Vekiline göre Ankara Hukuk Mektebi kısa sürede gelişme göstererek, İstanbul'daki hukuk mektebinin seviyesine ulaşacaktır.²⁶ Mustafa Kemal Atatürk mektebin açılış töreninde yaptığı konuşmada "Talebe Efendiler: Yeni Türk Hayat-i içtimaiyesinin bâni ve müeyyidi olmak iddiasıyla tahsile başlayan sizler; Cumhuriyet

²³ TBMM ZC, Devre: II, C. XIV, 23.2.1925: s. 286; Akçaoğlu, s. 372; İnan, s. 118.

²⁴ TBMM ZC, Devre: II, C. XIV, 23.2.1925: s. 286.

²⁵ Akçaoğlu, s. 372-373; Yücel, s. 362.

²⁶ TBMM ZC, Devre: II, C. XIV, 23.2.1925: s. 263.

devrinin hakikî ulema-i hukuku olacaksınız” ifadesi ile hem hukuk eğitimine verilen önemi vurgulamış hem de mektebin ilk öğrencilerine devletin kendilerinden beklentisini açıklamıştır.²⁷ Cumhuriyetin kurucu lideri okulun açılışında yaptığı konuşmada milli egemenlik ve hakimiyet düşüncelerinin ancak yeni hukuk anlayışı ile mümkün olacağına vurgu yapmış ve “tamamen yeni kanunlar meydana getirerek eski hukuk esaslarını kökünden kaldırmak teşebbüsündeyiz. Yeni hukuk esaslarını alfabelerinden tahsile başlayacak bir yeni hukuk nesli yetiştirmek için bu müesseseleri açıyoruz” demiştir. Bu ifadeleri ile Mustafa Kemal Paşa, yeni hukuk mektebini cumhuriyetin teminatı olarak gördüğünü belirtmiştir.²⁸ Bu konuşmalardan yeni hukuk anlayışının ihtiyaç duyduğu yeni nesil hukuk adamları yetiştirmek amacı ile açıldığı anlaşılmaktadır.²⁹

Mecliste hukuk mektebinin kuruluşuna ilişkin görüşmelerde hakimlerin maaş durumları da gündeme gelmiştir. Adliye Vekili hukuk mezunlarının maddi gerekçelerle adliyelerde görev yapmaktan uzak durduklarını ifade etmiştir. Bu sorunun çözümü için hukuk mektebi mezunlarının 3 sene hakimlik yapmalarının zorunlu tutulması gündeme gelmiştir. Hakim maaşlarının artırılması hakkında da tartışmaların yaşandığı görüşmelerde bütçe imkanları nedeni ile somut bir karar alınamadığı anlaşılmaktadır.³⁰

Hukuk Mektebi açılışında karşılaşılan en önemli sorunlardan birisi de okula bina temini sorunudur. Ankara’da bakanlıkların kullanacakları bina bile bulunmamaktadır. Postane binası Bahriye Vekaletinin binayı istemesine karşın Adliye Hukuk Mektebi için tahsis edilmiştir. Postane binası eğitim için hazır hale getirilene kadar geçen bir aylık sürede derslerin aksamaması için Büyük Millet Meclisinde uygun bir salon tahsis edilerek dersler orada yapılmıştır. Sonraki yıllarda Postane binasının yeterli gelmemesi üzerine ise Çankırı Caddesinde bulunan bir mescit sınıfa dönüştürülmüştür. Okul uzun bir süre boyunca geçici binalarda

²⁷ Atatürk, Mustafa Kemal. *Atatürk’ün Söylev ve Demeçleri I-III*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2006, s. 366; Akçaoğlu, s. 367.

²⁸ Mütercimler, s. 1070; Berkes, s. 530.

²⁹ Atatürk, 2006, s. 366; Ergin, Osman Nuri. *Türk Maarif Tarihi*, C. V, Eser Matbaası, İstanbul, 1977, s 1807-1810.

³⁰ TBMM ZC, Devre: II, C. XIV, 23.2.1925: s. 275-276.

eğitim vermek zorunda kalmış, ancak eğitim sürdürülmüştür. 1927 yılında fakülte olarak isimlendirilen Ankara Hukuk Mektebi'nin bina sorunu 1929 yılında çözüme kavuşturulmuştur. İller Bankası yanında daha önce Diyanet İşleri Başkanlığı olarak kullanılan bina hukuk mektebine tahsis edilmiş, yatılı öğrenciler ise evkaf apartmanına yerleştirilmiştir. Ankara Hukuk Mektebi, 1949 yılına kadar bu binalarda eğitim vermiş, 1949 yılında ise müstakil binasına kavuşmuştur.³¹ Mektebin idari yönetimi 1 müdür, 3 katip, 1 inzibat memuru olmak üzere 5 memur ve müstahdemlerden oluşmuştur.³²

Ankara Hukuk Mektebi 5 Kasım 1925 tarihinde 11 öğretim üyesi ve 75'i yatılı olmak üzere 300 erkek öğrenci ile eğitime başlamıştır.³³ Mektebe lise ya da 7 yıl eğitim veren idadi mezunlarının, bir yüksek okuldan mezun ya da halen öğrenci olanların kabul edilmesine karar verilmiştir. İlk yıl lise öğrencileri de sınav ile öğrenci olarak kabul edilmiş, ancak 1927 yılında lise mezunu olmayanların okula kayıt edilmesi uygulamasından vazgeçilmiştir.³⁴ Okulun öğrencileri arasında Afganistan Büyükelçisi Ahmet Han başta olmak üzere ileri yaşta memur ve subaylarda bulunmaktaydı. Hıfzı Veldet (Velidedeoğlu), Mümtaz (Yılmazoğulları), Mehmet Vehbi (Tetik), Mustafa Nazif (Özada), Mehmet Emin Halim (Ergun), İbrahim Kemal (Oran), Abdülkadir Rauf (Dizdar), Esat Tevfik (Erapak), Salim Başol gibi tanınmış bir çok cumhuriyet hukukçusu Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nde eğitim görmüştür.³⁵

Ankara Adliye Hukuk Mektebi ders müfredatı Hukuk-ı Medeniye, Mukayeseli Hukuk-ı Medeniye, Roma Hukuku, Hukuk-ı Ticaret (Berri ve Bahri), Usulü Muhakeme-i Hukukiye, Hukuk-ı Hususi Düvel, Hukuk-ı Esasiye, Hukuk-ı İdare, Hukuk-ı Düvel, Hukuk-ı Ceza, Hukuk-ı Amme, Usulü Muhakematı Cezaiye, Hukuk Tarihi, Türk Hukuk Tarihi, İktisat, Maliye, Tıbbı Adli, İhtilallar Tarihi,

³¹ Akçaoğlu, s. 377.

³² Yücel, s. 378.

³³ İnan, s. 120; Arıtürk, R. "Tarihte Hukuk Eğitimi". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* S. 5 2020, s. 45; Yücel, s. 364.

³⁴ Yücel, s. 364.

³⁵ Yücel, s. 367.

Tarih-i Siyasi derslerinden oluşmaktadır.³⁶ Türkiye'nin ilk hukuk fakültesinin ders müfredatlarında modernleşme yaklaşımı bakımından en önemli değişiklik 1926-1927 yılından itibaren ders programında Usul-i Fıkıh derselerinin kaldırılması ve yerine Tarih-i Hukuk dersinin müfredata konulması olmuştur.³⁷ Ankara Adliye Hukuk Mektebi müfredatında İstanbul Hukuk Fakültesinde okutulmakta olan Mecelle dersleri de yer almamıştır. Ders müfredatı düzenleyen komisyon yeni hazırlanacak olan Medeni Kanun hakkında bilgi sahibi olduğundan Mecelleyi mektep müfredatına koymamıştır.³⁸ 5 Aralık 1934 tarihinde Maarif Vekaletinden Başvekalete gönderilen bir yazı ile hukuk fakültelerinde okutulacak İnkılap Tarihi derslerinin programı ve dersi okutacak öğretim elemanları belirlenmiştir. Son sınıf öğrencilerine zorunlu olarak okutulan bu derslere öğrenciler dışında isteyen vatandaşlarında kayıt olarak katılmalarına izin verilmiştir.³⁹ Ankara Hukuk Fakültesinde İnkılap Tarihi derslerin Cumhuriyet Halk Fırkası Genel Sekreteri Recep Peker, Prof. Dr. Mahmut Esat Bozkurt, Prof. Dr. Hikmet Bayur ve Prof. Dr. Yusuf Kemal Bey tarafından verilmesi başvekalet tarafından kararlaştırılmıştır.⁴⁰ Mektepte okutulan derslerin isimlerinde yıllar içerisinde değişiklikler olmakla birlikte müfredatta radikal değişiklikler görülmemektedir. Ders müfredatından mektebin modern hukuk yaklaşımına sahip olduğu ve batılı hukuku benimsediği anlaşılmaktadır.

Mustafa Kemal Paşa'nın Tedris Heyeti Fahri Reisi, Başbakan İsmet Paşa'nın ise Türk Hukuk Tarihi Fahri Profesörü olduğu⁴¹ hukuk mektebinde kadrolu öğretim elemanların yanında dönemin milletvekilleri de ders vermişlerdir. Mektebin kuruluşu sırasında görev yapan komisyonun kararı ile ders verecek öğretim elemanlarına profesör unvanı verilmişti. Bu ismin verilmesinde Darülfünun'dan gelen Cemil Birsal'in rolü olmuştur. Böylece

³⁶ Songur, Haluk. "Fıkıh Usulü Dersinin Kaldırılması Bağlamında Darülfunundan Cumhuriyete Hukuk Eğitim Müfredatı Üzerine", *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 2013, s. 14.

³⁷ Songur, s. 18; Arslan, Ali. *Darülfunundan Üniversiteye*, Kitabevi, İstanbul, 1995, s. 247.

³⁸ Akçaoğlu, s. 374.

³⁹ BCA, 30-10-0-0/142-12-4.1.

⁴⁰ BCA, 30-10-0-0/142-12-4.5.6.7.

⁴¹ İnan, s. 120.

Türkiye’de müderris yerine profesör unvanı ilk kez resmi olarak kullanılmıştır.⁴² Mektepte ders veren öğretim elemanları içerisinde Darülfünun kökenli 2 profesör bulunmaktadır. 12 milletvekili ile kamu kurumlarında görev yapan uzmanlar da Ankara Hukuk Mektebi’nde ders vermişlerdir. Bakan ve milletvekillerinin mektepte ders vermeleri meclisin hukuk mektebine verdiği önemi göstermektedir. Ders veren öğretim görevlilerinin isim, alan ve kamu görevleri tablosu ek-1’de verilmiştir.⁴³ Ankara Hukuk Fakültesinde yabancı öğretim elemanlarından da yararlanılmıştır. Milli Eğitim Bakanlığının teklifi, Maliye Bakanlığının uygun görüşü ile Bakanlar Kurulu tarafından hukuk fakültesinde ders vermek üzere yabancı profesör ve uzmanlara görev verilmiştir.⁴⁴ Ankara Hukuk Fakültesinde hukukçu öğretim elemanları dışında da yabancı öğretim elemanları görevlendirilmiştir. Ankara Hukuk Fakültesinde görev yapan Prof. Dr. Ernst Hirsch fakültenin en ünlü yabancı uyruklu öğretim üyesidir. Mülteci bilim adamlarına Türk üniversitesinde görev verilmesi kapsamında Prof. Dr. Ernst Hirsch Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1943-1952 tarihleri arasında görev yapmıştır. Ernst Hirsch şerefine hazırlanan bir yayındaki ifadeye göre; verimli ilmi çalışmaları ile olduğu kadar, olağanüstü öğrenme ve öğretme yeteneği ile de, ülkemiz hukukçularının yetişmesinde büyük rol oynamıştır. Kendisine hukuk fakültesi kitaplığının kurulması görevi de verilen Alman öğretim üyesi Türk Ticaret Kanunu ve Türk Telif Hakları Kanununun çıkarılmasındaki hizmetlerinin yanı sıra 1946 tarihli üniversite reformunun hazırlanmasına da katkı sağlamıştır. Alman profesör Türkiye’de görevi devam ederken Maarif Vekaletinin izin ile Almanya Berlin Üniversitesinde Medeni Hukuk, Ticaret Hukuku ve Hukuk Felsefesi dersleri vermiştir. Hirsch, Almanya’ya döndükten sonra da Türkiye ile ilişkilerini devam ettirmiştir.⁴⁵ Ernst Hirsch Türkiye’de görev yapan çoğu yabancı akademisyenin aksine Türkçe öğrenmiştir. Öğrencilerinden Hukuk Felsefesi ve Hukuk Sosyolojisi öğretim üyesi Prof. Dr. Hamide Topçuoğlu, onun Türkiye’yi kendisine ikinci vatan seçtiğini ve Türkiye’de öğrenci yetiştirmek için gösterdiğini

⁴² Akçaoğlu, s. 375.

⁴³ Akçaoğlu, s. 376; Ek-1.

⁴⁴ BCA, 30-18-01-0/115-77-10.

⁴⁵ BCA, 30-18-01-02/132-59-13.

ifade etmiştir.⁴⁶ Fakültede bir diğer Alman vatandaşı Dr. Edith Fischdick Almanca okutmanı olarak Dahiliye ve Maliye Vekaletlerinin muvafakati, Maarif Vekaletinin teklifi, İcra Vekilleri Heyetinin onayı ile görevlendirilmiştir.⁴⁷ Fransız vatandaşı Reine J. Dauphin'de Fransızca okutmanı olarak Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görevlendirilmiştir.⁴⁸ Hukukçu öğretim elemanları başta olmak üzere yabancı öğretim üyelerinin Türkiye'de modern hukuk eğitiminin kuruluş ve gelişimine katkıları önemlidir.

Mustafa Kemal Paşa'nın hukuk mektebine verdiği önem eğitim sürecinin her aşamasında sürmüştür. Mektep öğrencileri TBMM'nin bazı oturumlarına dinleyici olarak ders kapsamında katılmışlardır.¹⁷ Şubat 1926 tarihinde Türk Medeni Kanunu görüşmeleri, 1 Mart 1926 Türk Ceza Kanunu görüşmeleri öğrenciler tarafından izlenmiştir. Mustafa Kemal Atatürk meclis kürsüsünden Nutuk isimli eserini okurken hukuk fakültesi öğrencileri 15-20 Ekim 1927 tarihleri arasında 6 gün boyunca Mustafa Kemal Paşa'yı dinlemişlerdir.⁴⁹ Çalışma düzeni 11 Kasım 1925 tarihinde yürürlüğe giren yönetmelik ile belirlenen Adliye Hukuk Mektebinin adı 1927 yılında Ankara Hukuk Fakültesi olarak değiştirilmiştir. 22 Mayıs 1940 yılında eğitim süresi 4 yılı çıkarılan⁵⁰ Ankara Hukuk Fakültesi aynı yıl Adliye Vekaletinden alınarak Maarif Vekaletine devredilmiş, 06 Haziran 1948 tarihli ve 5239 sayılı kanun ile ise Ankara Üniversitesine bağlanmıştır. 1945 yılında Fakültede doktora eğitimi vermeye başlanmıştır.⁵¹

2. İSTANBUL ÜNİVERSİTESİ HUKUK FAKÜLTESİ

Türkiye Cumhuriyeti kurulduğunda İstanbul Darülfünunu 5 fakülte ve 2 mektep ile eğitime devam etmekteydi. Bu 5 fakülteden birisi de hukuk fakültesidir. İstanbul Hukuk Fakültesi Cumhuriyetin ilanından 1933 yılına kadar Maarif Vekaletine bağlı olarak Osmanlı Devleti dönemindeki eğitim sisteminde önemli bir değişiklik yapılmaksızın eğitim öğretimine devam etmiştir. Bu 9 yıllık

⁴⁶ Yüksel, Süleyman. "Av. Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch", *Hukuk Gündemi*, 2014/II, s. 32.

⁴⁷ BCA, 30-18-01-02/141-102-13.

⁴⁸ BCA, 30-18-01-02/159-17-10.

⁴⁹ Yücel, s. 366.

⁵⁰ BCA, 30-18-1-2/91-48-8; Yalçın, s. 159.

⁵¹ Yalçın, s. 159; Akçaoğlu, s. 378.

dönemde İstanbul Hukuk Fakültesinin öğretim elemanı ve öğrenci sayıları Tablo-1’de verilmiştir.

Tablo 1: İstanbul Darülfünun Hukuk Fakültesi Öğretim Elemanı ve Öğrenci Sayıları⁵²

Öğretim Yılı	Öğretim Elemanı Sayısı	Öğrenci Sayıları		
		Erkek	Kız	Toplam
1924-1925	28	374	18	392
1925-1926	30	450	19	469
1926-1927	28	444	22	466
1927-1928	26	429	31	460
1928-1929	29	520	35	555
1929-1930	28	757	69	826
1930-1931	25	751	72	823
1931-1932	28	1027	136	1163
1932-1933	28	1241	200	1441

Tablodaki verilere göre hukuk fakültesinde hem kız hem de erkek öğrenciler öğrenim gördüğü, öğrenci sayılarının yıllara göre artış göstermesine karşın öğretim elemanı sayısında öğrenci sayısı ile eşgüdümlü bir artış olmadığı anlaşılmaktadır. Kız öğrenci sayısındaki artış oransal olarak erkek öğrencilerden daha yüksektir. Okulda yabancı uyruklu öğretim elemanlarına da görev verildiği anlaşılmaktadır.⁵³

İstanbul Darülfünun Hukuk Fakültesinin 1923-1933 tarihleri arasında verdiği eğitimin Cumhuriyetin kurucu kadrosunun beklentilerini karşılamaktan uzak kaldığı daha önce ifade edilmişti. Fakülte Mustafa Kemal Paşa'nın TBMM'inde yaptığı konuşmalarda ifade ettiği modern anlayışa uygun bir eğitim veremediği ve hatta bu yönde bir çaba sarf etmediği için eleştirilmiştir. Kurumun fakülte mi mektep mi olduğu tartışılmış ve kurum dönemin devrimci ruhuna karşın statik yapısı nedeni ile yetersiz

⁵² Arslan, s. 110.

⁵³ Arslan, s. 117.

görülmüştür.⁵⁴ Bu görüşlere karşın Darülfünunun mevcut imkanları ve öğrenci kaynağının yetersizliği nedeni ile imkanlar ölçüsünde başarılı olduğu değerlendirilmeleri de yapılmıştır. Hukuk Fakültesi Müderrisi Cevdet Ferit, Darülfünun Hukuk Fakültesinin üzerine düşen vazifeleri yerine getirdiğini savunmuştur. Ona göre Cumhuriyet inkılaplarını gerçekleştirenlerin önemli bir kısmı İstanbul Darülfünun mezunlardır. Hukuk Fakültesi, Cumhuriyet kanunlarının hazırlanmasında öncülük etmiştir.⁵⁵

Dönemin hükümet üyeleri Darülfünun ziyaretlerinde bu beklenti ve eleştirilerini gündeme getirmişlerdir. Darülfünun'un Türk İnkılabına sağlaması gereken katkılara ilişkin ifadeler başta Mustafa Kemal Paşa olmak üzere dönemin devlet adamları tarafından bir çok kez ifade edilmiştir. 1925 yılı Haziran ayında Darülfünunu ziyaret eden eğitim bakanı Hamdullah Suphi bey okuldan devletin beklentisini “cumhuriyeti kuranlar Cumhuriyetçi yetiştirmeyi sizden bekliyor” cümlesi ile açıklamıştır. Maarif Vekilli Vasıf Bey 23 Mayıs 1926 tarihli konuşmasında ve Maarif Vekili Mustafa Necati Bey 5 Haziran 1926 tarihli konuşmalarında Türk İnkılabının ilkelerinin gençlere aşılamanın Darülfünun'un kutsal görevi olduğu ifade etmişlerdir.⁵⁶ Darülfünun Cumhuriyet hükümetinin eleştirel yaklaşımının getirdiği bir zorunluluk ve iç dinamiklerinin de etkisiyle 14 Mayıs 1929 tarihinde ıslahat yapmayı kararlaştırmıştır. 30 Haziran 1929 tarihinde ise fakültelerde yapılması gereken ıslahatlar hakkında rapor hazırlanmıştır. Bu kapsamda hukuk bölümünde beş medeni hukuk kürsünün sayısının 3'e indirilmesi ve Bahriye Ticareti konularının Ticaret Hukuku derslerine ilave edilmesi kararlaştırılmıştır.⁵⁷ Ancak içerden reform girişimleri beklentilere uygun bir sonuç üretmemiştir. Kamuoyunda beklenen reformun Darülfünun tarafından yerine getirelemeyeceği kanaati hasıl olunca 1931 yılında toplanan Cumhuriyet Halk Partisi III. Büyük Kurultayında

⁵⁴ Ergün, s. 132; Arslan, s. 205.

⁵⁵ Arslan, s. 231.

⁵⁶ Taşdemirci, Ersoy. “Atatürk'ün Önderliğinde 1933 Üniversite Reformu”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 5, 1994, s. 136; Girgin, Mehmet. *1933 Üniversite Reformu Sonrası Türkiye'ye İltica Eden Alman Bilim İnsanlarının Türk Eğitim Sistemine Katkıları*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2021, s. 68.

⁵⁷ Arslan, s. 263-266.

Darülfünun'un ıslahına dair bir karar oluşmuştur.⁵⁸ Bu kararın oluşmasında 1930 yılından itibaren dünyada gelişen ekonomik ve siyasi durumunda etkisi vardır. Ekonomik buhranın neticesinde liberal politik görüşlerin etkisini yitirmesi ve devletçilik düşüncesinin güçlenmesinin üniversite reformunun hızlandırılmasına neden olduğu da değerlendirilmektedir. Devletçilik düşüncesinin yükselmesi üniversite özerkliği konusunu, özerklik aleyhine olmak üzere, tartışılır hale getirmiştir.⁵⁹ Nihayet Cumhuriyet hükümeti 1931 yılında üniversite reformu için Avrupalı bir uzmanın görevlendirilmesi düşüncesi ile bütçeye ödenek koymuştur. Bu karar Maarif Vekaleti tarafından uygulamaya konulmuş, İsviçreli pedagoğ Prof. Dr. Albert Malche Türkiye'ye yükseköğretimin yeniden yapılandırılması için bir rapor hazırlamak üzere davet edilmiştir. Albert Malche'nin davet edilmesinde kendisinden Cenevre'de pedagoji eğitimi almış olan Mustafa Şekip Tunç ve İbrahim Alaaddin Gövsa'nın da etkili oldukları değerlendirilmektedir.⁶⁰ Türkiye'nin Bern Büyükelçisi ile Albert Malche arasında 5 aylık süre ile Türkiye'de yükseköğretim reformu hakkında çalışma ve rapor hazırlama görevi için 1400 lira aylık maaş ve bir defaya mahsus olmak üzere yol harcırahı olarak 1600 lira karşılığında sözleşme yapılmıştır. Albert Malche'ye verilecek maaş döneminin iktisadi yapısı göz önüne alındığında yüksek bir meblağ olarak görülmektedir.⁶¹

16 Ocak 1932'de Türkiye'ye gelen Malche, kendisine tahsis edilen tercümanla birlikte Darülfünun'un birimlerinde incelemelerde bulunmuş, çalışanlar ile mülakatlar yapmış ve 29 Mayıs 1932 tarihinde Fransızca olarak hazırladığı raporu Maarif Vekaletinde Maarif Vekili Esat Sagay'a arz etmiştir. Albert Malche Ankara'da bulunduğu dönemde ise Başbakan İsmet İnönü, Dışişleri Bakanı Tevfik Rüştü Aras, Adalet Bakanı Yusuf Kemal Tengirşek ile de görüşmüş, 9 Haziran 1932'de Ankara'dan ayrılmıştır. Rapor Türkçeye de çevrilerek Mustafa Kemal Atatürk'e de sunulmuştur.

⁵⁸ Taşdemirci, s. 139.

⁵⁹ Demirtaş, Aydın. *Sosyolojik Açından 1933 Türk Üniversite Reformu*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2010, s. 32.

⁶⁰ Çelik, Halil İbrahim. İkinci Meşrutiyet'ten Fulbright Komisyonu'na Türk Eğitim Sisteminde Batı Etkisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2019, s. 203.

⁶¹ Taşer, Seyit. *XX. Yüzyılın Başlarında Türkiye'de Yükseköğretim*, Çizgi Yayınları, Konya, 2010, s. 135; Girgin, s. 75.

Atatürk raporu notlar olarak okumuş ve “Türklükle mütenasip yüksek üniversite” kurma düşüncesinin rapora yansıdığını ifade etmiştir.⁶² Malche Raporu Maarif Vekili Esat Bey döneminde tamamlanmış ancak Dr. Reşit Bey’in Maarif Vekilliği döneminde değerlendirilmiştir.⁶³

Raporu inceleyen Maarif Vekili Dr. Reşit Galip Bey Darülfünun’da ıslahat fikrine karşıydı. Üniversiteyi kökten bir değişiklikle yeniden kurmak istiyordu. Maarif Vekilinin kökten değişim düşüncesi hukuk eğitimini de kapsıyordu.⁶⁴ Türkiye’de üniversite devrimi Dr. Reşit Galip Bey tarafından gerçekleştirilen bir inkılap olarak anılmakla birlikte yeni üniversite kuruluşunun kararı bizzat Mustafa Kemal Atatürk vermiştir.⁶⁵ 1933 üniversite reformundan Maarif Vekaletinin beklentisi Tevhid-i Tedrisat Kanunu ruhunun yükseköğretime aktarılmasıdır.⁶⁶

Raporda yeniden yapılandırılacak üniversitenin fakültelerinin akademik yapısı hakkında öneriler bulunmaktadır. Hukuk Fakültesinin 12 sabit kürsüden oluşmasını tavsiye etmiştir. Bu kürsüleri Hukuk İlmine Giriş, Genel Hukuk Tarihi, Roma Hukuku, Mukayeseli Hukuk Esasları, Mukayeseli Türk ve Avrupa Kanunu Medenileri, Medeni Hukuk ve Medeni Hukuk Karşılaştırılması, Borçlar Hukuku, Ticaret ve Deniz Hukuku, İdare Hukuku, Umumiye ve Hususiye Düvel Hukuku, Hukuku Ceza ve Tatbikatı Ceza Hukuku, Hukuk Muhakemeleri Usulü İcra ve İflâs, İktisat Hukuku ve Adli Tıp olarak belirlemiştir.⁶⁷ Prof. Malche raporuna göre reform öncesinde İstanbul Dârülfünun hukuk fakültesinde 17 müderris, 6 muallim, 1 müdür muavini ve 1 asistan görev yapmaktaydı.⁶⁸ Fakültenin öğrenci sayısı ise 1048 olarak tespit edilmiştir.⁶⁹ Ali Arslan ise toplam öğretim elemanı sayısını 28,

⁶² Kocatürk, Utkan. “Atatürk’ün Üniversite Reformu ile İlgili Notları”, *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C. I, 1984, s. 3; Taşer, 136; Girgin, s. 76.

⁶³ Taşdemirci, s. 142.

⁶⁴ Yaşar, s. 3; Ergün, s. 134.

⁶⁵ Sayılı, s. 38.

⁶⁶ Çelik, Halil İbrahim. Türkiye-ABD İlişkilerinin Eğitim Boyutu ve Fulbright Programı, Nobel Yayınları, Ankara, 2021, s. 39.

⁶⁷ Malche, Albert. *İstanbul Üniversitesi Hakkında Rapor*, Devlet Basımevi, İstanbul, 1939, s. 43.

⁶⁸ Malche, s. 43.

⁶⁹ Widmann, s. 75.

öğrenci sayısını ise 1241 erkek ve 200 kız olmak üzere toplam 1441 olarak tespit etmiştir.⁷⁰ Öğretim elemanı sayısındaki farklılıklar öğretim üyelerinin tam zamanlı çalışmamasından kaynaklanmaktadır. Öğrenci sayılarındaki farklılıklar ise kayıtlı gözüken öğrenci sayısı ile aktif öğrenci sayısı arasında farklılıktan kaynaklanmaktadır. Kayıtlı öğrencilerin bir kısmının devamsız olduğu anlaşılmaktadır. Öğretim elemanı ve öğrenci sayıları hakkında kaynaklarda farklı bilgiler bulunmaktadır. Ancak bu farklılıklar genel görünüşü değiştirecek boyutta değildir. 1933 üniversite kanunu ile Darülfünun Hukuk Fakültesinde bulunan 26 öğretim elemanının 15'inin görevlerine son verilmiştir. 11 öğretim elemanı ise İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görevlerine devam etmişlerdir.⁷¹ Görevlerine son verilen öğretim üeleri hakkındaki kararların akademik kriterler olmadığı, siyasi irade ile uyum durumunun dikkate alındığı ileri sürülmüştür. Darülfünun Hukuk Fakültesi öğretim elemanı iken İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde görev verilmeyen öğretim elemanlarının isimleri; Müderris Musliheddin Adil (Tavlan), Müderris Ahmet Reşit (Turnagil), Müderris Ahmet (Agaoglu), Müderris Hacı Adil (Arda), Müderris Dr. Ethem Akif (Battalgazi), Müderris Ahmet Mithat, Müderris Cevdet Ferit (Basman), Müderris Abdurrahman Münib (Berkman), Müderris Kenan (Öner), Müderris Aynizade Hasan Tahsin, Müderris Mustafa Zühtü, Müderris Münir (Serim), Muallim Cevat Abdürrahim, Muallim Memduh ve Muallim Vehbi (Yekebaş) olarak kaydedilmiştir. Ord. Prof. Mişon Ventura, Ord. Prof. Ebül'ula Mardin, Ord. Prof. Ahmet Samim (Gönensay), Ord. Prof. Mustafa Reşit (Belgesay). Ord. Prof. Tahir (Taner), Ord. Prof. Ali Kemal (Elbir), Ord. Prof. Muammer Raşit (Sevig), Ord. Prof. İbrahim Fazıl (Pelin), Prof. Muavini Kemalettin (Birsen), Prof. Muavini Muhlis Ethem (Ete) ve Baş Asistan Burhanettin'in ise göreve devam etmelerine karar verilmiştir. Bu gelişmelere karşılık İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin eğitim geleneği Mekteb-i Hukuk-ı Sultani dönemine dayandığı değerlendirilmektedir.⁷² İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin yeni öğretim elemanı kaynağı olarak yurt dışında lisansüstü tahsil görmüş olan ve Türkiye'ye dönen öğrencilerden de yararlanılmıştır. Prof. Sıddık Sami Onar,

⁷⁰ Arslan, s. 110.

⁷¹ Ergün, s. 136.

⁷² Özcan, s. 152 ; Arıttürk, ss. 43-78; Arslan, s. 338.

Prof. Ali Fuat Başgil, Ferit Hakkı, Tahsin Bekir Balta, Münip Hayri, Ömer Celal Saraç, Yavuz Abadan, Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, Şemsi Talip bu kapsamda hukuk fakültesinde görev verilen eğitimciler olmuşlardır.⁷³

Yükseköğretimde kütüphane eğitim sürecinin etkin unsurlarından birisidir. Darülfünun Hukuk Fakültesinin kütüphanesi Prof. Dr. Albert Malche tarafından incelenmiştir. Malche raporunda Dârülfunun Hukuk Fakültesinin kütüphanesinin diğer fakültele göre daha zengin olduğu belirtilmiştir.⁷⁴ Rapordaki bilgilere göre fakülte kütüphanesinde 6450 kitap bulunmaktaydı. Bu kitaplardan 159'u yeni Türk harfleri, 191'i Osmanlı Türkçesi ile basılmış eserlerdir. Kütüphanede doğu dilleri ile yazılmış 1195 eser, batı dilleri ile yazılmış 4905 eser tespit edilmiştir. 1933 yılı verilerine göre kütüphanedeki eserler değerlendirildiğinde hukuk fakültesinde gelişimin yönünün batılılaşmaya yönelik olduğu anlaşılmaktadır.⁷⁵ Bu kitap sayısına karşın öğrencilerin kütüphaneden yararlanma imkanının kütüphanenin çalışma saatleri ve ödünç kitap verilmemesi nedenleri ile güçleştirildiği de ifade edilmiştir.⁷⁶ Albert Malche raporunda hukuk eğitime kaynaklık edecek lise öğrencilerinin batı dillerini öğrenmelerinin gerekliliği, dil eğitimin nitelikli hale getirilmesi için yabancı dil okutmanlarına görev verilmesi, dönem sonunda öğrencilere dil sınavı yapılması düzenlemeleri tavsiye edilmiştir.⁷⁷ Albert Malche Raporu esas olarak Türkiye'de yükseköğretimde modernleşme sürecinin aşamalarından birisidir. 18 Haziran 1869 tarihli Maarifi Umumiye Nizamnamesinin 82. Maddesinde yer alan hukuk eğitimi programı ve derslerinin okutulmasına ilişkin düzenlemelere benzer öneriler raporda yer almıştır. Albert Malche'nin raporu Darülfünun hakkında dönemin hükümet adamları tarafından da ifade edilen eleştirileri de içeriyordu.⁷⁸ İsviçreli uzmanın raporuna ilişkin bazı eleştiriler de gündeme gelmiştir. Albert Malche'nin incelemesini haziran ayı başına kadar bitirmesi gerektiğini bildiğinden ayrıntılı çalışmalar yapmadan raporunu vermek

⁷³ Girgin, s. 88; Taşer, s. 146.

⁷⁴ Malche, s. 15.

⁷⁵ Taşer, s. 136.

⁷⁶ Malche, s. 32.

⁷⁷ Özcan, s. 151; Malche, s. 26.

⁷⁸ Doğan, İsmail. *Türk Eğitim Tarihi*, Nobel Yayınları, Ankara, 2018, s. 339.

zorunda kaldığına ilişkin görüşler ileri sürülmüştür.⁷⁹ Diğer yandan 1933 üniversite reformunun bazı eski öğretim üyelerinin işsiz kalması, yükseköğretimde tedirginliğe yol açması gibi konularda eleştirilmiştir. Bu tartışmalar ile birlikte yükseköğretim reformunun hayata geçirilmesinin diğer inkılaplar ile birlikte değerlendirildiğinde kaçınılmaz olduğu anlaşılmaktadır. Bu yönü ile yükseköğretimde yeniden yapılanma Tevhid-i Tedrisat Kanununun ruhunun üniversiteye yansıtılması olarak anlaşılmalıdır. Hukuk eğitimi devlet sisteminin laikleştirilmesinin doğal sonucu olarak modernleşmek zorundaydı.⁸⁰ Yukarıda ifade edilen atmosferde Albert Malche Raporunda yer alan öneriler de dikkate alınarak 31 Mayıs 1933 tarihli ve 2252 sayılı yasa ile 31 Temmuz 1933 tarihinden geçerli olmak üzere Darülfünun ilga edilerek yerine 1 Ağustos 1933 tarihi itibari ile İstanbul Üniversitesi kurulmuştur.⁸¹

İstanbul Üniversitesinin kuruluş kanununa göre 4 fakültesinden biriside Hukuk Fakültesidir.⁸² İstanbul Hukuk Fakültesi bünyesinde Medeni Hukuk Enstitüsü, Kriminoloji Enstitüsü, Amme Hukuku Enstitüsü, Devlet Hukuku Enstitüsü ve İktisat-Sosyoloji Enstitüsü isimlerinde 5 araştırma enstitüsü kurulmuştur.⁸³ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesine öğretim süresi 4 öğretim yılı (8 yarıyıl) olarak kararlaştırılmıştır. 24 zorunlu dersi tamamlayan Öğrenciler bitirme sınavlarına girmeye hak kazanıyorlardı.⁸⁴ Hukuk Fakültesinde okutulacak hukuk derslerinin yanında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 5 Aralık 1934 tarihinde Maarif Vekaletinden Başvekate gönderilen bir yazı ile son sınıflarda okutulmak üzere zorunlu İnkılap Tarihi dersi programa konulmuştur. Öğrenciler dışında isteyen vatandaşlarında kayıt olarak katılmalarına izin verilmiştir.⁸⁵ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 1934-1935 öğretim döneminde İnkılap Tarihi derslerinin aylık programının belirlendiği başvekalet yazısına göre dersler; Cumhuriyet Halk Fırkası Genel

⁷⁹ Ergün, s. 133.

⁸⁰ Özcan, s. 151.

⁸¹ Resim Gazete, 6.6.1933, s. 2420; Ergün, s. 135.

⁸² Yalçın, s. 144.

⁸³ Girgin, s. 122.

⁸⁴ Widmann, s. 187.

⁸⁵ BCA, 30-10-0-0/142-12-4.1.

Sekreteri Recep Peker, Prof. Dr. Mahmut Esat Bozkurt, Hikmet Bayur ve Prof. Dr. Yusuf Kemal Bey tarafından okutulacaktır.⁸⁶ 1933-1934 öğretim yılı verilerine göre İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde 4 Türk, 21 yabancı ve 8 çifte vatandaş olmak üzere toplam 33 öğretim üyesi bulunmaktadır. Bu öğretim üyelerinin içerisinde kadın bulunmamaktadır.⁸⁷ İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin ilk dekanı Tahir Taner olmuştur.⁸⁸ Hukuk Fakültesinin yıllık bütçesi 143 082 lira olarak belirlenmiştir. Bütçenin 131.177 lirası maaş ve ücretler, 7249 lirası iâşe giderlerine, 4656 lirası inşaat harcamalarına ayrılmıştır. Bütçe planlamasında araştırma, geliştirme ve kütüphane gibi fakülte için hayati konular için ödenek kalemi oluşturulmaması dikkat çekmektedir.⁸⁹

Darülfünun yerine İstanbul Üniversitesi kurulduktan sonra diğer fakülteler ile birlikte Hukuk Fakültesinde de yabancı öğretim elemanları görev yapmıştır. Dönemin eğitim kamuoyunda mülteci öğretim üyeleri olarak isimlendirilen ve Almanya'daki siyasi durum nedeni ile Yurt Dışındaki Alman Bilim Adamları Yardım Cemiyeti'nin çalışmaları neticesinde İstanbul Üniversitesinde görev alan Almanya vatandaşı bilim adamları arasında 4 hukukçu bulunmaktadır. Bunlar Andreas Bertelen Schwartz (1886-1852), Ernst Edward Hirsch (1902-1985), Richard Hoing (1890-?), ve Karl Strup (1866-1940)'tur. Hukuk alanında görev verilen mülteci öğretim üyelerinin sayılarının diğer fakültelerde görev verilen mülteci bilim adamlarına kıyasla daha düşük olmasına karşın hukuk eğitime katkıları fakülte alanının dışına taşan bir etkiye ulaşmıştır.⁹⁰ Medeni Hukuk ve Roma Hukuku hocası olarak İstanbul Üniversitesi hukuk fakültesinde görev alan Schwartz, hükümet tarafından hedeflenen hukuk eğitimi düzenlemelerine rehberlik etmesinin yanı sıra Türk hukuk öğretiminde önemli yerleri olan Bülent Davran, Türkan Rado, Ziya Umur ve Hıfzı Veldet

⁸⁶ BCA, 30-10-0-0/142-12-2.3.4.

⁸⁷ Taşer, s. 134.

⁸⁸ Widmann, s. 10.

⁸⁹ Taşer, s. 135.

⁹⁰ Lök, Atilla / Erten, Bağış. "1933 Reformu ve Yabancı Öğretim Üyeleri", *Modernleşme ve Batıcılık*, C.III, (Editörler) Tanıl Bora, Murat Gültekinil, 4. Baskı, İletişim yay., İstanbul, 2007, s. 540.

Velidedeoğlu'nun yetişmesine katkı sağlamıştır.⁹¹ Türkiye'nin hukuk sistemi ve hukuk eğitimin gelişmesine katkı sağlayan Halil Arslanlı, Muammer Aksoy, Yaşar Karayalçın, Hamide Tekinalp, Ersin Çamoğlu, Ergun Önen gibi isimler Almanya kökenli öğretim üyeleri tarafından yetiştirilmiştir.⁹² Ernst Hirsch, İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinde taktire dayalı ders işleme tekniğini ve kütüphanenin tasnif sistemini değiştirmiştir. Onun tarafından düzenlenen kütüphane tasnif sistemi uzun yıllar boyunca kullanılmıştır.⁹³ Alman hukukçular İstanbul Hukuk Fakültesinde görev yaptıkları süre içerisinde çok sayıda ders kitabı yayınlamışlardır. Prof. Hirsch'in Pratik Hukukta Metot isimli kitabı hukuk alanında önemli bir kaynaktır. Atatürk ilkelerinin anayasaya girmesi de onun katkıları ile gerçekleşmiştir. Bu gelişmeler Türkiye'de hukuk eğitiminde Almanya kökenli öğretim üyelerinin etkisinin belirgin örnekleri olarak görülmektedir.⁹⁴ Ernst Hirsch, Türkiye'nin laikleşmesi sürecinde hukuk alanında yapılması gerekenlerin yerli hukuk hocalarından beklenmesinin gerçekçi olmayacağını değerlendirmiştir. Darülfünun hukuk fakültesinin ders çizelgeleri ve hocalarının müktesebatının modern ve seküler bir hukuk sistemi kurulması için engel oluşturduğunu, bu nedenle de modern hukuku uygulayacak hukuk adamları yetiştirmek için batılı hukuk hocalarından yararlanmanın zorunlu olduğunu ifade etmiştir.⁹⁵

1933 yılında Darülfünun'un üniversitesi dönüştürülmesine ilişkin düzenleme Mustafa Kemal Atatürk tarafından yeterli bulunmamıştır. Mustafa Kemal Atatürk diğer alanlarda gerçekleştirilen devrimlerde olduğu gibi üniversite eğitiminde de radikal tedbirler düzenleme yapmak istemiştir.⁹⁶ Mustafa Kemal Atatürk'ün hedeflediği kültür devrimlerinin sadece yabancı bilim adamlarına üniversitede görev verilmesi ile gerçekleşmeyeceği anlaşılmıştır. Üniversitenin Türk Devriminin ruhuna uygun olarak

⁹¹ Widmann, s. 188-193.

⁹² Girgin, s. 123.

⁹³ Özcan, s. 159.

⁹⁴ Öncü, Ayşe. "Akademisyenler: Üniversite Reformu Söyleminde Batı", *Modernleşme ve Batıcılık*, C.III, (Editörler) Tanıl Bora, Murat Gültekinil, 4. Baskı, İletişim yay., İstanbul, 2007, s.526; Girgin, s. 124.

⁹⁵ Demirtaş, s. 89.

⁹⁶ Atatürk, 1984, s. 87.

yapılandırılması uzun soluklu bir stratejiye ihtiyaç duyuyordu.⁹⁷ Ankara ve İstanbul'da eğitim veren hukuk fakültelerine hükümet ve Cumhuriyet Halk Partisi tarafından büyük önem verildiği, bu fakültelerde Recep Peker'in verdiği konferansların metnlerinin çoğaltılarak parti teşkilatlarına gönderilmesinden anlaşılmaktadır. Konferans Metinleri bastırılarak parti teşkilatlarına dağıtılmış ve Türk inkılabının bu yolla da yayılması düşünülmüştür.⁹⁸

Türkiye'de hukuk eğitimi 1970 yılına kadar Ankara ve İstanbul Üniversiteleri Hukuk Fakültelerinde sürdürülmüştür. Bu tarihten itibaren ise İzmir Dokuz Eylül, Diyarbakır Dicle, İstanbul Marmara ve Konya Selçuk Üniversitelerinde hukuk fakülteleri açılmıştır.⁹⁹ 2022 yılında Türkiye'de devlet ve vakıf üniversitelerinde toplam 79 hukuk fakültesi eğitim vermektedir. Hukuk fakültelerinde 2022 yılı itibari ile lisans eğitiminde 76.782, yüksek lisans seviyesinde 12.962, doktora seviyesinde 3818 öğrenci eğitimini sürdürmektedir. Bu öğrencilerden lisans seviyesinde 17.884, yüksek lisans seviyesinde 4960, doktora seviyesinde ise 552 öğrenci 2021-2022 öğretim döneminde yeni kayıt yaptırmıştır. Fakültelerde kız ve erkek öğrenci sayıları arasında sayısal bakımdan dengeli bir dağılım bulunmaktadır.¹⁰⁰ Cumhuriyetin kuruluş dönemindeki öğrenci sayıları ve öğretim elemanı sayıları ile karşılaştırıldığında hukuk eğitiminde sayısal bakımdan büyük bir gelişme olduğu görülmektedir. Diğer yandan günümüzde hukuk fakülteleri öğrenci sayısının fazlalığı, tam zamanlı öğretim elemanlarının fakülteler arasındaki sayısal bakımdan dengesiz dağılımı ve öğrenci sayısından kaynaklandığı değerlendirilen işihdam sorunları nedeni ile eleştiriler bulunmaktadır.¹⁰¹

SONUÇ

Toplumların ve milletlerin hayatında hukuk sisteminin hem uzun dönem hem de kısa dönem bakımından dönüştürücü bir etkisi vardır. Diğer yandan toplum ve milletlerin tarihi süreçteki dönüşümleri hukuk sistemlerini de etkiler. Millettin örgütlü yapısı

⁹⁷ Ergün, s. 141.

⁹⁸ BCA, 490-01/3-12-2.

⁹⁹ Arıtürk, ss. 43-78; Demirağ, Fahrettin / Çiftçi, Hasan. "Türkiye'de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 91, Nisan 2010, s. 258.

¹⁰⁰ <https://istatistik.yok.gov.tr/08.05.2022>.

¹⁰¹ Demirağ, Çiftçi, s. 288.

olan devletin yeniden yapılanma dönemlerinde hukuk reformları öncü ve önemli bir rol üstlenmiştir. Olağan koşullarda statükonun devamını sağlaması beklenen hukuk sistemi, yeniden yapılanma döneminde devrimci bir rol üstlenmek durumundadır. Devrimci hukuk sistemleri hukuk eğitimi ile birlikte gelişir. Türkiye Cumhuriyetinin inkılap sürecinde hukuk sistemi, hukuk eğitimini hem etkilemiş hem de etkilenmiştir. Mustafa Kemal Atatürk, Milli Mücadele dönemi konuşmalarında yeni devletin kuruluş ve bekası için dönemin ihtiyaçlarına uygun hukuk sistemi kurmanın ve hukuk adamları yetiştirmenin önemine vurgu yapmıştır. Atatürk bu düşüncelerin bir sonucu olarak Cumhuriyetin ilk yükseköğretim kurumu olan Ankara Adliye Hukuk Mektebinin açılmasına öncülük etmiştir. Türk modernleşme sürecinin ürünlerinden birisi olan İstanbul Darülfünun Hukuk Fakültesi ise modern Türkiye'nin ruhuna uygun olarak yenilenmiştir. Her iki hukuk fakültesinin de öğretim elemanı kadroları bu yaklaşıma uygun olarak hem yurt içi kaynaklardan hem de mülteci bilim adamlarından yararlanılarak yurt dışı kaynaklardan temin edilmeye gayret edilmiştir. Bu gayretlerin neticesinde nitelikli bir hukuk eğitimi için kadro oluşturulduğu görülmektedir. Hukuk eğitiminin kuruluşu ve gelişiminde Avrupalı uzmanlar ve öğretim üyelerinden yararlanılmakla birlikte nihai kararların Türk devlet adamları tarafından verildiği anlaşılmaktadır.

XIX. yüzyıl Türkiye'sinde modern hukuk eğitimi çalışmalarının tecrübesi Ankara ve İstanbul hukuk fakültelerinin kuruluş ve gelişim sürecini etkilemiştir. Türkiye'de hem devlet hem de vakıf üniversitelerinde güncel hukuk fakültelerinin gelişiminde ise 1925 yılında kurulan Ankara Hukuk Fakültesi ile 1933 yılında yeniden kurulan İstanbul Hukuk Fakültesinin birikimleri etkili olmuştur. Türkiye Cumhuriyetinde Atatürk İnkılaplarının temel amacı olarak ifade edilen Türk milletini çağdaş uygarlık seviyesine çıkarma ideali öncelikle nitelikli insan kaynağı yetiştirmeyi amaçlamıştır. Bu kapsamda nitelikli hukukçuların yetişmesi Türkiye Cumhuriyetinin temel gereksinimlerinden birisi olarak ifade edilmiştir. Hukuk eğitimi Türkiye'nin siyasi ve sosyal gelişimi bakımından istikbal meselesi olarak görülmektedir.

KAYNAKÇA

Arşiv Kaynakları

Türkiye Cumhuriyeti Cumhurbaşkanlığı Başkanlık Cumhuriyet Arşivi (BCA), 180-9-0/86-419-4; BCA, 490-01/3-12-2; BCA, 30-18-01-02/159-17-10; BCA, 30-18-01-02/141-102-13; BCA, 30-18-01-02/132-59-13; BCA, 30-18-01-0/115-77-10; BCA, 30-18-1-2/91-48-8; BCA, 30-10-0-0/142-12-4; BCA, 30-10-0-0/142-12-4.1; BCA, 30-10-0-0/142-12-4.5.6.7; BCA, 30-10-0-0/142-12-2.3.4.

Resmi Yayınlar

TBMM ZC, Devre: II, C. XIV, 23.2.1925.

Resim Gazete 6.6.1933, S. 2420.

Arşiv Belgelerine Göre Osmanlı Eğitiminde Modernleşme, Başbakanlık Devlet Arşivleri Genel Müdürlüğü, Osmanlı Arşivi Daire Başkanlığı, İstanbul, 2017.

Telif Eserler ve Makaleler

Akçaoğlu, Ertuğrul. "Ankara Hukuk Fakültesi'nin Kuruluşu ve İlk Günleri", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 80, 2013, ss. 367- 379.

Akyüz, Yahya, *Türk Eğitim Tarihi*, Pegem Akademi Yayınları, 33. Baskı, Ankara, 2020.

Arıttürk, R. "Tarihte Hukuk Eğitimi". *İstanbul Medeniyet Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* S: 5, 2020, ss. 43-78.

Arslan, Ali. *Darülfunundan Üniversiteye*, Kitabevi, İstanbul, 1995.

Atatürk, Gazi Mustafa Kemal. *Eğitim Politikası Üzerine Konuşmalar*, (Hazırlayan: Kemal Aytaç), 1. Baskı, Ankara Üniversitesi Basımevi, Ankara, 1984.

Atatürk, Mustafa Kemal. *Atatürk'ün Söylev ve Demeçleri I-III*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2006.

Bozkurt, Gülhinal, *Batı Hukukunun Türkiye'de Benimsenmesi*, Türk Tarih Kurumu Yayınları, 2. Baskı, Ankara, 2010.

Berkes, Niyazi. *Türkiye'de Çağdaşlaşma*, 29. Baskı, Yapı Kredi Yayınları, İstanbul, 2019.

Çelik, Halil İbrahim. İkinci Meşrutiyet'ten Fulbright Komisyonu'na Türk Eğitim Sisteminde Batı Etkisi, Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Doktora Tezi, Konya, 2019.

Çelik, Halil İbrahim. Türkiye-ABD İlişkilerinin Eğitim Boyutu ve Fulbright Programı, Nobel Yayınları, Ankara, 2021.

- Demirağ, Fahrettin / Çiftçi, Hasan. "Türkiye’de Hukuk Fakülteleri ve Hukuk Eğitimi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 91, Nisan 2010, ss. 257-290.
- Demirtaş, Aydın, *Sosyolojik Açından 1933 Türk Üniversite Reformu*, Uludağ Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Bursa, 2010.
- Doğan, İsmail. *Türk Eğitim Tarihi*, Nobel Yayınları, Ankara, 2018.
- Durmuş Yalçın, "Yükseköğretim", *Türkiye Cumhuriyeti Tarihi II*, (Editör: Durmuş Yalçın vd.), Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2011.
- Ergin, Osman Nuri. *Türk Maarif Tarihi*, C. V, Eser Matbaası, İstanbul, 1977.
- Ergün, Mustafa. *Atatürk Devri Türk Eğitimi*, Atatürk Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2021.
- Ertan, Temuçin F., "Türk Hukuk Sisteminde Çağdaşlaşma", *Türkler C. XVII*, (Editör: Hasan Celal Güzel vd.), Yeni Türkiye Yayınları, Ankara, 2002, ss. 367-376.
- Girgin, Mehmet. *1933 Üniversite Reformu Sonrası Türkiye’ye İltica Eden Alman Bilim İnsanlarının Türk Eğitim Sistemine Katkıları*, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Erzincan, 2021.
- Gözaydın, İftar B., "Türkiye Hukukunun Batılılaşması", *Modernleşme ve Batıcılık*, C.III, (Editörler) Tanıl Bora, Murat Gültekingil, 4. Baskı, İletişim yay., İstanbul, 2007, ss. 286-289.
- İnan, Afet. "M. Kemal Atatürk Ankara Hukuk Mektebi'nin Öğretim Kurulu Fahrî Başkanı", *Belleten*, C. XXXVIII, S. 149, 1974, ss. 117-121.
- Kocatürk, Utkan. "Atatürk’ün Üniversite Reformu ile İlgili Notları", *Atatürk Araştırma Merkezi Dergisi*, C. I, 1984, ss. 3-39.
- Koyuncu, Nuran, "Türk Hukuk Mektebinin Doğuşu", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi* C. XVI, Y. 2012, ss. 163-183.
- Lök, Atilla / Erten, Bağış. "1933 Reformu ve Yabancı Öğretim Üyeleri", *Modernleşme ve Batıcılık*, C.III, (Editörler) Tanıl Bora, Murat Gültekingil, 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, s. 537-544.
- Malche, Albert. *İstanbul Üniversitesi Hakkında Rapor*, Devlet Basımevi, İstanbul, 1939.
- Mumcu, Ahmet. Bozkurt, Gülnihal. *Türk Hukuk Tarihi*, 18. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Mütercimler, Erol. *Fikrimizin Rehberi*, 6. Baskı, Alfa Yayınları, İstanbul, 2008.

- Namal, Yücel, “Türkiye’de 1933–1950 Yılları Arasında Yükseköğretime Yabancı Bilim Adamlarının Katkıları”, *Yükseköğretim ve Bilim Dergisi*, C. II, S. 1, Nisan 2012, ss. 14-19.
- Öncü, Ayşe. “Akademisyenler: Üniversite Reformu Söyleminde Batı”, *Modernleşme ve Batıcılık*, C.III, (Editörler Tanıl Bora, Murat Gültekingil), 4. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2007, ss. 521-536.
- Özcan, Mehmet Tevfik. “İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesinin Kurumlaşmasının Tarihçesi”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, C. 61, 2003, ss. 85-174.
- Sayılı, Aydın, “Atatürk, Bilim ve Üniversite”, *Belleten*, C. XLV/I, S. 177, 1981, ss. 27-42.
- Songur, Haluk. “Fıkıh Usulü Dersinin Kaldırılması Bağlamında Darülfunundan Cumhuriyete Hukuk Eğitim Müfredatı Üzerine”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. III, S. 1, 2013, ss. 1-28.
- Taşdemirci, Ersoy. “Atatürk’ün Önderliğinde 1933 Üniversite Reformu”, *Erciyes Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, S. 5, 1994, ss. 135-153.
- Taşer, Seyit, *XX. Yüzyılın Başlarında Türkiye’de Yükseköğretim*, Çizgi Yayınları, Konya, 2010.
- Widmann, Horst. *Atatürk ve Üniversite Reformu*, Kabalcı Yayınları, İstanbul, 1999.
- Yaşar, Selman, *1933 Üniversite Reformu Sürecinde Ankara’da Görevli Alman Uzmanlar ve Yaptıkları Çalışmalar*, İKSAD Publishing Hause, Ankara, 2021.
- Yücel, M. Serhan. “Ankara Adliye Hukuk Mektebinin İlk Yılı”, *Akademik Sosyal Araştırmalar Dergisi*, Yıl: 4, Sayı: 26, Mart 2016, ss. 361-387.
- Yüksel, Süleyman. “Av. Ord. Prof. Dr. Ernst Hirsch”, *Hukuk Gündemi*, 2014/II, ss. 31-37.
- Zürcher, Erik Jan. *Modernleşen Türkiye’nin Tarihi*, 7. Baskı, İletişim Yayınları, İstanbul, 2000.
- <https://istatistik.yok.gov.tr/08.05.2022>.

Ek-1 Ankara Adliye Hukuk Mektebi'nde ders veren öğretim elemanları			
Sıra No	Adı	Alanı	Birinci Görevi
1	Ağaoğlu Ahmet Bey	Hukuku Esasiye	Kars Mebusu
2	Akçuraaoğlu Yusuf Bey	Tarihî Siyasî	İstanbul Mebusu
3	Bahaeddin Bey	Hukuku Ceza ve Usulü Cezaiye	Darülfünun Müderrisi
4	Tevfik Kâmil Bey	Roma Hukuku	İstanbul Mebusu
5	Cemal Hüsnü Bey	İktisat	Gümüşhane Mebusu
6	Cemil Bey	Hukuku Düvel	Darülfünun Müderrisi
7	Hasan Bey	Maliye	Trabzon Mebusu
8	Refik Bey	Tıbbi adlî	Sıhhiye Vekili
9	Saraçoğlu Şükrü Bey	İktisat-ı Nazarî	İzmir Mebusu
10	Şükrü Kaya Bey	İktisat Mezhepleri	Menteşe Mebusu
11	Şevket Mehmet Ali Bey	Hukuku Ticaret	İş Bankası Hukuk Müşaviri
12	Sadri Maksudi Bey	Türk Hukuk Tarihi	
13	Süheyp Nizami Bey	Hukuku İdare	Ziraat Bankası Muamelât Müdürü
14	Mahmut Esat Bey	İhtilâller Tarihi	Adliye Vekili
15	Mustafa Fevzi Bey	Fıkıh Tarihi	Saruhan Mebusu
16	Veli Bey	Hukuku Medeniye	Hariciye Hukuk Müşaviri
17	Yusuf Kemal Bey	İktisat	Sinop Mebusu
18	Sabri Şakir Bey	Usulü Muhakemei Hukukiye	Hukuk işleri Müdürü
19	Mustafa Şeref Bey	Hukuku idare ve Hukuku Âmme	Burdur Mebusu
20	Mazhar Nedim Bey	Deniz Ticareti	
21	Nusret Bey	Hukuku Hususiyeyi Düvel	Devlet Şûrası Reisi
22	Fahri Ecevit	Tıbbi Adlî	

İDARE HUKUKU

KABAHAHLERDE LEHE NORMUN TESPİTİNİN ZORLUĞU SORUNU VE ÇÖZÜM ÖNERİLERİ

*Dr. Öğr. Üyesi Mahmut CEYLAN**

Özet

Kanunların geçmişe yürütülemeyeceği ilkesi hukukun önemli genel ilkelerinden birisidir. Bu bağlamda suç ve cezalar da kural olarak geçmişe yürütülemez. Suç ve cezalar için geçerli olan bu ilke idari suç ve cezalar bakımından da geçerlidir. Lehe normun uygulanması ilkesi bu ilkenin istisnasını teşkil etmektedir. Lehe normun tespitinde kullanılan kriterler önem arz etmektedir. Bunun için objektif kriter kullanılması gerektiği görüşü hakimdir. Hangi normun lehe olduğunun tespiti ceza hukuku bakımından çözümü basit bir problem gibi durmaktadır. Zira ceza hukukunda hapis cezasının adli para cezasına kıyasla daha ağır olduğu kabul edilir. Ayrıca iki ayrı adli para cezası arasında nicelik kriteri üzerinden objektif olarak hangisinin lehe olduğunun tespiti kolaydır. Benzer şekilde iki ayrı hapis cezasından hangisinin lehe olduğu nicelik kriteri ile tespit edilir. Öte yandan bir ceza yaptırımının kabahat yaptırımına dönüştürülmesi durumunda da kabahat yaptırımının daha lehe olduğu şeklinde bir sonuca varılabilir. Fakat iki farklı kabahat yaptırımı söz konusu olduğunda hangi normun daha lehe olduğunun tespiti her zaman kolay olmamaktadır. İki ayrı kabahat yaptırımının hangisinin daha lehe olduğunun tespitinde olduğu gibi objektif kriterin işe yaradığı ihtimaller vardır. Örneğin iki ayrı idari para cezası söz konusu olduğunda nicelik üzerinden objektif bir kriter getirilebilir. Fakat objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşürme ihtimalinin olduğu durumlar da söz konusu olabilir. Örneğin bir idari para cezası ile idari tedbir veya iki idari tedbirden hangisinin lehe olduğunun tespitinde objektif kriter getirmek somut olay özelinde zor olabilir. Objektif kriter getirilse bile hakkaniyete uygun sonuç doğurmayabilir. Hukukun her durumda objektif kriter belirleme çabası somut olay adaletine aykırı durumlara sebebiyet verebilir. Objektif kriterle belirlenen lehe norm muhatapı bakımından lehe olmayabilir. Bunda hiç şüphesiz yaptırma muhatap olacak kişinin içinde bulunduğu özel koşullar önem arz etmektedir. Bu nedenle kabahat yaptırımlarında objektif kriterin çözüm olamadığı hâllerde subjektif kriterin tercih edilip edilmemesi incelenmesi gereken önemli bir konudur. Bu çalışmada bu sorunlar tespit edilip çözüm önerileri sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Kabahat, geçmişe yürütülmeme ilkesi, lehe norm ilkesi, objektif kriter, subjektif kriter.

* Recep Tayyip Erdoğan Üniversitesi Hukuk Fakültesi İdare Hukuku Anabilim Dalı, dr.mahmutceylan@gmail.com, ORCID: 0000-0002-8278-611X.

The Difficulty of Determining the Norm in Favor in Misdemeanors and Solution Suggestions

Abstract

The principle of non-retroactivity is one of the important general principles of law. In this context, as a rule, crimes and penalties cannot be enforced retroactively. This principle, which is valid for crimes and penalties, is also valid for administrative sanctions. The principle of applying the norm in favor is the exception to this principle. The criterion used in the determination of the norm in favor are important. There is a prevailing opinion that objective criterion should be used for this. Determining which norm is in favor seems to be a simple issue in terms of criminal law. It is because prison sentence is considered to be heavier than judicial fine in criminal law. In addition, it is easy to objectively determine which one of two separate judicial fines is in favor according to the quantitative criterion. Similarly, which of the two different prison sentences is in favor is determined by the quantitative criterion. On the other hand, in case a criminal sanction is converted into a misdemeanor sanction, it can be concluded that the misdemeanor sanction is more favorable. However, when two different misdemeanor sanctions are in question, it is not always easy to determine which norm is more favorable. Apart from this, there are possibilities that the objective criterion is useful, as in determining which of the two misdemeanor sanctions is more favorable. For example, in case of two separate administrative fines, an objective criterion can be determined over quantity. However, there may also be cases where the objective criterion is likely to overshadow the justice of the concrete event. For example, in a specific case, it may be difficult to put forward an objective criterion in determining which of the two administrative measures is in favor, or whether an administrative fine or an administrative measure is in favor. Even if an objective criterion is put forward, it may not lead to equitable results. The effort of the law to determine objective criterion in every situation may lead to situations contrary to the justice of the concrete event. The norm in favor determined by the objective criterion may not be in favor in terms of the addressee. Undoubtedly, the special conditions of the person who will be subject to the sanction are important. For this reason, in cases where the objective criterion cannot be the solution in misdemeanor sanctions, it is an important issue to examine whether the subjective criterion should be preferred. In this study, these problems were identified, and solution suggestions were presented accordingly.

Keywords: Misdemeanor, principle of non-retroactivity, principle of norm in favor, objective criterion, subjective criterion.

GİRİŞ

Suç ve cezalarda geçmişe yürüme yasağı geçerlidir. Bu ilkenin istisnası ise lehe kanunun uygulanması ilkesidir. Geçmişe yürüme yasağı kabahat yaptırımlarında da geçerlidir. Esasında bu kural sadece bir idari işlem olan kabahat yaptırımı işlemlerinde değil genel olarak idari işlemler için geçerli olmakla birlikte bazı istisnaları vardır. Bu istisnalardan birisi çalışmanın konusunu oluşturan lehe normun uygulanması ilkesidir. Suçlardan farklı olarak kabahatlerde kanunun çerçevesini çizmesi şartıyla hangi fiillerin kabahate sebep olacağı düzenleyici idari işlemlerle de belirlenebilmektedir. Bu sebeple kabahatler için ele alacağımız lehe kanunun uygulanması ilkesine, lehe normun uygulanması ilkesi demek daha isabetli olacaktır.

Bu çalışmada öncelikle geçmişe yürüme yasağı ve bunun istisnası olan lehe normun uygulanması ilkesi genel hatları ile açıklanmıştır. Daha sonra lehe normun uygulanması ilkesinin kabahatler ve kabahat yaptırımları bakımından geçerliliği genel hatları ile ele alınmıştır. Bu genel açıklamaların ardından kabahatler hukukunda lehe normun tespiti meselesi incelenmiştir. Öncelikle objektif kritere bağlanabilecek durumlar tespit edilmiş ve ardından objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşürdüğü durumlar tespit edilmiştir. Bu tespitten ardından bu ihtimallerde lehe normun nasıl belirlenmesi gerektiğine ilişkin görüş ileri sürülmüştür.

Özellikle belirtmek gerekir ki bu çalışmada lehe normun uygulanması ilkesi usule ilişkin meseleler bakımından değerlendirilmeyecektir. Sadece kabahatler ve yaptırımları bağlamında hangisinin lehe olduğu meselesi üzerinde durulmuştur.

I. GEÇMİŞE YÜRÜMEZLİK İLKESİ VE LEHE NORMUN UYGULANMASI

Geçmişe yürütülmeme ilkesi hukukun genel ilkelerinden birisidir. Kural olarak kanunlar geçmişe yürütülemez¹. Ancak bazı

¹ Anayasa Mahkemesi bir kararında bu hususa şu şekilde dikkat çekmiştir: "Hukuk güvenliğinin sağlanması, bu doğrultuda yasaların geleceğe yönelik öngörülebilir belirlemeler yapılabilmesine olanak verecek kurallar içermesi de, Hukukun üstünlüğünü temel alan hukuk devletinin vazgeçilmez koşulları arasında yer almaktadır. Bu nedenle, hukuk devletinde güven ve istikrarın korunabilmesi için kural olarak yasalar, yürürlüğe girdikleri tarihten sonraki olaylara uygulanırlar. Bazı durumlarda, adaletin sağlanması, temel hakların korunması gibi

durumlarda bir kanunun geçmişe yürümesi söz konusu olabilir. Lehe kanun ilkesinin uygulanması bu istisnalardandır. İdari işlemler de kural olarak geçmişe yürütülemez². Özellikle yükümlendirici işlemlerde bu böyledir³. İdari yaptırım işlemleri birer yükümlendirici idari işlem olmaları nedeniyle kural olarak geçmişe etkili olmazlar.

Ceza hukukunda hareket ve neticeye sonuç bağlanmıştır. Dolayısıyla bu sonucun bağlanmış olduğu zamanın tespiti önem arz etmektedir. Anayasa madde 38 hükmüne göre işlenmiş olduğu bir tarihte suç olarak düzenlenmemiş bir fiil sebebiyle kimseye ceza verilemez ve fiilin suça sebep olması durumunda kanunda düzenlenmiş olan cezadan fazlasına hükmedilemez. Bu kurallar ceza kanunlarının zaman bakımından düzenlenmesinin anayasal dayanağıdır. Esasında zaman bakımından uygulama suçta ve cezada kanunilik ilkesinin bir sonucudur.

Suç ve cezaların geçmişe yürütülmemesi ile kastedilen, işlendiği anda yürürlükteki mevzuatta suç olarak düzenlenmemiş bir fiilden dolayı hiç kimsenin cezalandırılmayacağıdır. Bir diğer ifadeyle fiil, işlendiği tarihte mevzuatta suç olarak düzenlenmemişse, bu fiil daha sonra yapılacak olan mevzuat değişikliği neticesinde geçmişe etkili olarak suç hâline getirilemez. Dolayısıyla daha önceden suç olarak düzenlenmemiş bir fiilin sonradan mevzuat değişikliği neticesinde suç hâline gelmesi suç ve cezaların geriye yürümezliği anlamına gelmez. Aksine böyle bir değişiklik her zaman mümkündür.

Kişilerin hangi fiillerin suç teşkil ettiğini önceden bilmesi hukuk güvenliği ve hukuki belirlilik ilkeleri ile ilgilidir. Bu sebeple bu durum hukuk devletinin bir gereğidir. Ayrıca bu, caydırıcılık özelliği de barındırmaktadır. Zira yapmayı düşündüğü fiil suç olarak düzenlendiğini bilen bir kişi fiili işlemekten kaçınabilecektir. Zaten bir devlet, vatandaşlarının yaptırımı sebep olacak fiilleri

nedenlerden kaynaklanan zorunluluklar dışında yasaların geçmişe yürümesi söz konusu değildir." Anayasa Mahkemesi, 30.09.2005 tarih, E.2005/78 ve K.2005/59 sayılı kararı, RG Tarih-Sayı: 21.07.2006 - 26235.

² Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.I*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019, s.1175; Plessix, Benoît. *Droit Administratif Général*, 3. Baskı, LexisNexis, Paris, 2020, s.1178; Rousset, Michel ve Rousset, Olivier. *Droit Administratif I, L'action Administrative*, 2. Baskı, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004, s.153. İdari işlemlerde geçmişe etki yasağının istisnaları için bkz. Gözler, s.1181-1185.

³ Ulusoy, s.66.

işlemelerini caydırabilmeyi amaç edinmelidir. Bütün bunlara rağmen kişi, konusu suç veya idari suç teşkil eden bir fiil işlerse karşılığında yaptırıma maruz kalacağını bildiği için bütün sorumluluğu üstlenmiş olacaktır.

Geçmişe yürüme yasağının istisnası olan lehe kanunun uygulanması ilkesinin doğal bir sonucu olarak, bir cezanın yapılan değişiklik sonucunda ağırlaştırılması hâlinde kişiye yeni kanun hükümleri değil eskisinin uygulanması gerekir. Tersine durum söz konusu olduğunda ise yeni kanun uygulanmalıdır. Öte yandan hakkında soruşturma yürütülen kişinin işlediği iddia edilen fiilin suç olmaktan çıkarılması durumunda artık bu kişiye o fiil nedeniyle ceza verilemez.

Şunu net olarak söyleyebiliriz ki suç ve cezaların geriye yürümezliği ilkesi sadece suç ve cezalar için değil idari suç ve cezalar için de geçerlidir. Hatta daha genel bir ilke olan hukuk normlarının kural olarak geçmişe etki edememesi ilkesi çerçevesinde duruma bakacak olursak geçmişe etki yasağı sadece idari yaptırımlar için değil, bütün yükümlendirici idari işlemler için geçerlidir⁴. Hukuk normlarının kural olarak geçmişe etki edememesinin iki istisnası vardır. Birincisi yeni hukuk normunun yürürlüğe girmesinden önce başlanmış, tamamlanmamış ve yeni normun yürürlüğünden sonra tamamlanacak olan fiiller için geçici maddelerle düzenleme yapılmasıdır; ikincisi ise hakkaniyet, kazanılmış hak ve haklı beklenti gibi gerekçelere dayanılarak kişilere geçmişe etkili olarak bazı haklar tanınmasıdır⁵. Bu ise kişilerin lehine olan bir durumdur.

II. LEHE NORMUN UYGULANMASI İLKESİNİN KABAHATLER BAKIMINDAN DEĞERLENDİRİLMESİ

Doktrinde kabahatlerde lehe norm uygulamasının olmadığını veya sınırlı olduğunu savunan yazarlar vardır⁶. Fakat bu görüşe

⁴ Ulusoy, Ali. *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013, s.66.

⁵ Ulusoy, s.66.

⁶ Çağlayan, Ramazan. *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006, s.137; Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016, s.50-51; Tahir Erdem, *Vergisel Kabahatler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010, s.61. Bazı yazarlar ise lehe normun uygulanması ilkesinin idari para cezaları bakımından geçerli olduğunu fakat idari tedbirler bakımından böyle bir zorunluluğun bulunmadığını savunmaktadır. Bkz. Ulusoy, s.71; Özkan, Gürsel. "İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven", *International Conference on Eurasian Economies 2020*,

katılmamaktayız⁷. Ceza hukukunda geçerli olan bu ilkenin idari yaptırımlar bakımından geçerliliği hususunda tereddütün ortaya çıkmasının esas sebebinin idari yaptırım işlemlerinin birer idari işlem olmasıdır. Kural olarak idari işlemler tesis edildikleri tarihteki mevzuata uygunsalar sonradan yapılan mevzuat değişikliklerinden etkilenmeyeceklerdir. Fakat yargılama sürecinde ortaya çıkan mevzuattaki değişiklikleri dikkate almanın meşru temelinin olmadığını söylemek isabetli değildir⁸. Lehe normun uygulanmasının bu kuralın istisnasını teşkil ettiğini kabul etmek gerekir. Nitekim önemli bir hukukun genel ilkesi olan kanunlar geçmişe yürütülemez ilkesi, lehe normun uygulanması söz konusu olduğunda geçerliliğini yitirmektedir. Benzer gerekçelerle idari yaptırım işlemlerinde de lehe olan düzenlemeye göre işlem tesis edilmelidir.

Lehe kanununun uygulanması ilkesi olarak bilinen bu ilkeyi kabahatler bakımından ele alırken “lehe normun uygulanması ilkesi” olarak ifade etmek daha isabetli olacaktır. Zira suç ve cezalarda mutlak olarak geçerli olan kanunilik ilkesi kabahat yaptırımlarında da mutlak olmasına karşın kabahatler bakımından mutlak değildir. Bu açıklamadan kabahatlerde kanunilik ilkesinin olmadığı anlamı çıkarılmamalıdır. Aksine kanunilik ilkesi kabahatler için de geçerlidir fakat mutlak değildir. Kanunun çerçevesini çizmesi şartıyla hangi fiillerin kabahate sebep olacağı idarenin düzenleyici idari işlemleri ile de düzenlenebilir. Nitekim bu husus 5326 sayılı Kabahatler Kanunu madde 4/1’de hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla çerçeve kanunun olması şartıyla hangi fiillerin kabahate sebep olacağı düzenleyici idari işlemlerle de

Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, s.183; Kaplan, Onur. “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi”, *ERÜHFD*, C.16, S.2, 2021, s.458. Yazarların bu konudaki temel istinat noktalarının idari tedbirleri “idari ceza” kavramı içinde değerlendirmemeleri olduğunu söylemek yanlış değildir. Bu görüşe göre idari tedbirlerle esas amaç cezalandırmak ve tedip etmek değildir. Bir işlemin yaptırım olabilmesi için mutlaka cezalandırma ve tedip etme amacının da olması gerekir. İdari tedbirler hem tedbir hem de cezalandırma özelliği taşımaktadır. Bu açıdan cezalandırma amacı olmayan önleyici kolluk tedbiri diyebileceğimiz idari tedbirler idari yaptırım değildir.

⁷ Gündüz, Fatma Ebru. “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *TAAD*, Y.8, S.32, 2017, s.44; Kangal, Zeynel T. *Kabahatler Hukuku*, 2. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019, s.111-112; Özen, Mustafa. *İdari Ceza Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013, s.60.

⁸ Gülün, Aydın. “Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce “Uyarı” Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir mi?”, *Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, C. 21, Özel Sayı, 2019, s.2956.

düzenlenebileceğinden “lehe kanunun uygulanması ilkesi” yerine “lehe normun uygulanması ilkesi” ifadesinin tercih edilmesi isabetli olacaktır. Zira kabahatler söz konusu olduğunda iki farklı düzenleyici idari işlem arasında lehe olanın tespiti mümkündür.

Bir idari suçun idarenin düzenleyici işleminde düzenlenmesi ile kanunda düzenlenmesi farklı sonuçlar doğurabilir. Bu farklı sonucun doğması ihtimallerinden birisi, idari suçu düzenleyen kanun veya düzenleyici idari işlemin hukuka aykırı olduğu gerekçesi ile iptal edilmesidir. Zira Anayasa Mahkemesinin verdiği iptal kararı ile idari yargının iptal kararı geçmişe etki bakımından aynı değildir. Anayasa Mahkemesinin iptal kararları geçmişe yürümezken, idari yargının verdiği iptal kararları geçmişe yürür. Bu durumda bir idari yaptırım düzenleyen kanun hükmü Anayasa Mahkemesi tarafından iptal edilirse bu kanunun yürürlükte olduğu dönemde işlenmiş olan idari yaptırımlar verilecektir; fakat idari yaptırımı düzenleyen bir düzenleyici idari işlem iptal edilirse lehe olması durumunda geçmişe etkili bir şekilde uygulanabilecektir. Görüldüğü üzere lehe norm idari suçla ilgili bir düzenleyici idari işlem hakkındaysa bir iptal kararı söz konusu olursa kanuna kıyasla daha lehe sonuçlar doğurmaktadır. Bunun sebebi Anayasa'nın 153. maddesinin 5. fıkrasındaki Anayasa Mahkemesi kararlarının geçmişe yürümeyeceği şeklindeki hükmüdür. Anayasa'nın bu hükmünün hukuk devleti ilkesine aykırı sonuçlar doğurduğunu söyleyebiliriz⁹. Zira hukuka aykırı olduğu için iptal edilen idari yaptırımı ilişkin ilgili düzenleme düzenleyici idari işlemle düzenlenmişse iptal edildiğinde lehe olması durumunda geçmişe yürüyebilecekken; kanunla düzenlenmiş olması durumunda böyle bir imkân ortadan kalkmaktadır. Birbirine paralel iki idari suçtan birisi düzenleyici idari işlemle veya kanunla düzenlenmiş olması durumunda ve bunların iptali durumunda iki farklı sonuç doğmaktadır. Bu durumu meşru kılacak bir açıklama da yapamamaktayız.

Kabahatler hukuku bakımından geçmişe uygulama yasağına bakacak olursak bu mesele 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun 5. maddesinde düzenlenmiştir. Bu madde 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun zaman bakımından uygulamaya ilişkin hükümlerine atıf yapmıştır. Bu durumda bir kabahate işlendiği zaman

⁹ Benzer kanaat için bkz. Kangal, s.113.

yürürlükte bulunan kanunda öngörülmüş olan idari yaptırımdan daha ağır yaptırımın uygulanması söz konusu olamaz. Bu geçmişe uygulama yasağı sadece kanunlar için değil, çerçeve kanuna istinaden kabahatleri düzenlemiş olan düzenleyici idari işlemler için de geçerlidir¹⁰. Zira kabahatlerde kanunilik ilkesi geçerli olmakla birlikte mutlak değildir. Çerçeve hükmün bulunması şartıyla idarenin düzenleyici işlemleri ile düzenleme yapılabilecektir. Fakat belirtmek gerekir ki kabahat yaptırımlarında mutlak kanunilik ilkesi geçerlidir.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun madde 5/1 hükmünün yaptığı atıf sonucu 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu madde 7/1 hükmünün ilk cümlesini kabahatlere uyarlayacak olursak işlendiği zaman yürürlükte bulunmayan kanuna veya düzenleyici idari işleme göre kabahat olmayan bir fiilden dolayı hiç kimseye kabahat yaptırımı uygulanamaz. Dolayısıyla fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren kanun veya düzenleyici işlemde daha önce kabahat teşkil etmeyen bu fiil kabahat hâline gelse de bu fiili işleyen kişi cezalandırılmaz. Görüldüğü üzere kabahatlerde geçmişe uygulama yasağı mevzuatla düzenlenmiştir. 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun madde 5/1 hükmünün yaptığı atıf dolayısıyla kabahatler hakkındaki kanunların derhâl uygulanması ilkesinin, yani geçmişe uygulama yasağının bir istisnası bulunmaktadır. Bu istisna kabahate sebep olan fiilin işlenmesinden sonra yürürlüğe giren kabahat içeren kanun ilgilinin lehine ise geçmişe yürür.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yaptığı atıf nedeni ile 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun madde 7/1 hükmünün ikinci cümlesi gereğince kabahate sebep olan fiil işlendikten sonra düzenlemelere göre kabahat sayılmayan bir fiilden dolayı ilgili hakkında kabahat yaptırımı uygulanamaz. Kabahat yaptırımı kararı kesinleştikten sonra yürürlüğe giren düzenleme fiili kabahat olmaktan çıkarmışsa 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun madde 7/1 hükmünün üçüncü cümlesi gereğince kabahat yaptırımı kararı infaz edilmez ve kanuni neticeleri kendiliğinden ortadan kalkar. Dolayısıyla henüz tahsil edilmemiş bir idari para cezası varsa tahsil edilmez. Fakat doktrinde kabahat yaptırımının kesinleşmesinden sonra lehe

¹⁰ Mahmutoğlu, Fatih Selami. *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1995, s.108.

normun uygulanmasının yapılamayacağını savunanlar da bulunmaktadır¹¹.

5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nun yaptığı atıf dolayısıyla 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun madde 7/2 hükmü gereğince kabahatin işlendiği zaman yürürlükte bulunan düzenleme ile sonradan yürürlüğe giren hükümler farklı ise hangisi kabahati işlediği iddia edilen kişinin daha lehine ise o uygulanacaktır.

Kabahatlerde geçmişe uygulama yasağı sadece kabahate sebep olacak fiillerle ilgili değildir. Yani geçmişe uygulama yasağı sadece özel hükümler bakımından geçerli değildir; aynı zamanda genel hükümler için de geçerlidir. Şayet teşebbüs, hukuka uygunluk nedenleri, kusuru ortadan kaldıran nedenler gibi genel hükümler aleyhe düzenleme getiriyorsa bu durumda yeni kanun uygulanmayacaktır¹². Kabahatlerle ilgili usul hükümleri bakımından derhâl uygulama ilkesi geçerlidir. Kabahat işlendikten sonra başlayan usul işlemleri sırasında usul ile ilgili düzenlemeler getiren yeni kanunun ilgilinin lehine veya aleyhine olup olmadığına bakılmaksızın derhâl uygulanır¹³.

İdari işlemlerdeki temel kurallar gereği idari işlemin tesis edildiği tarihte yürürlükte olan mevzuata uygun olmaları gerekir ve işlem tesis edildikten sonra yürürlüğe giren mevzuat kural olarak idari işlemin hukuka uygun olup olmadığı hususunda değerlendirilmez¹⁴. Zaten aksi durumun kabul edilmesi çelişki doğururdu. İdare tesis etmiş olduğu işlemi daha sonradan yapacağı mevzuat değişikliği ile hukuka aykırı hâle getirebilirdi. İdari işlemler için geçerli olan bu kuralı bir idari işlem olan idari yaptırım işlemleri bakımından ayırmak gerekir¹⁵. İdari yaptırımlara idare hukukunun ilke ve esaslarının yanı sıra ceza hukukunun da birtakım ilke ve esasları uygulanabilecektir. Lehe normun uygulanması ilkesi bu ilkelerden biridir. İşte lehe normun uygulanması ilkesi sebebiyle kabahat yaptırımları tesis edildikleri andaki mevzuata uygun olmalarına rağmen; yeni mevzuat

¹¹ Otacı, Cengiz ve Keskin, İbrahim. *Türk Kabahatler Hukuku*, 3. Baskı. HUKAB Yayınları, Ankara, 2014, s.44-45.

¹² Kangal, s.104-105.

¹³ 5326 sayılı Kabahatler Kanunu m.5/1.

¹⁴ Ulusoy, s.75.

¹⁵ Ulusoy, s.76.

hükümlerine aykırı olmaları durumunda hukuka aykırı olabilirler. Dolayısıyla sonraki düzenlemenin daha lehe olması durumunda kabahat yaptırımının tesis edildiği andaki değil sonraki düzenlemenin uygulanması gerekir. Şayet kabahat yaptırımının tesis edildiği andaki düzenleme daha lehe ise bu durumda o düzenleme uygulanacaktır.

Lehe normun tespitinde kanun koyucu düzenleme yaparak birtakım kriterler ortaya koyabilir. Buradaki açıklamalar kanun koyucunun herhangi bir kriter belirlemediği durumlara ilişkindir.

III. OBJEKTİF KRİTERE BAĞLANABİLECEK DURUMLAR

A. Suç ile Kabahat Arasında Lehe Norm İlişkisi

İşlendiği tarihte bir suç olarak düzenlenmiş olan bir fiil daha sonra kabahat hâline gelmişse lehe norm uygulamasının yapıp yapılamayacağına bakmak gerekir. Muhatabı üzerinde ağır sonuçlar doğurmayan fiillerin suçtan kabahate dönüşmesi söz konusu olabilir. Bir diğer ifadeyle diğerlerine kıyasla çok ağır bir ihlal olmayan fiiller kabahate dönüştürülmektedir. Dolayısıyla kabahatin suça ve öte yandan kabahat yaptırımının cezaya kıyasla daha lehe düzenlemeler olduğu kabul edilebilir. Varılan çıkarıma göre işlemiş olduğu bir suç nedeni ile hakkında hapis cezası verilip, bu cezanın infazı sırasında yürürlüğe giren yeni kanun ile bu suç kabahate dönüştürülürse, infaza hemen son verilmeli ve cezanın sonuçları da ortadan kaldırılmalıdır¹⁶. Bu ihtimal bazen adli para cezasının idari para cezasına dönüşmesi şeklinde gerçekleşebilir. Böyle bir durumda kabahat karşılığında öngörülen idari para cezasının miktarı, suç karşılığında öngörülen adli para cezasından fazla olsa bile yeni kanunun daha lehe olduğu dile getirilmiştir¹⁷. Bu iki para cezası arasındaki nicelik farkına ilişkin makas çok açık değilse bu görüş savunulabilir. Fakat aradaki makas orantısız olarak genişse bu durumda adli para cezasının idari para cezasına kıyasla daha ağır olduğunu iddia etmek isabetli olmayacaktır¹⁸. Ancak cezanın toplum tarafından algılanışı ile idari yaptırımın bir

¹⁶ Kangal, s.118.

¹⁷ Kangal, s.118; Akbulut, Berrin. *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Dışında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s.133-134.

¹⁸ Katoğlu, Tuğrul. "Kabahatler ve Zaman Yönünden Uygulamaya İlişkin Kimi Sorunlar", *Haluk Konuralp Anısına Armağan, C.II*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, s.1029.

değildir. Dolayısıyla bu ihtimalde objektif kriterle lehe normun tespitinin yapılabileceği sonucuna ulaşmak mümkündür.

Suç ile kabahat arasında lehe normun tespitinden bahsedebilmemiz için iki ihtimal söz konusu olmalıdır. Birincisi suç olarak düzenlenmiş olan bir fiilin yapılan kanun değişikliği neticesinde suç olmaktan çıkarılarak kabahate dönüştürülmesidir. Yukarıda da belirtilmiş olduğu gibi diğer suçlara kıyasla ağır olmayan suçlar kabahate dönüştürülmektedir. Dolayısıyla bu durumda hangi normun lehe olduğu net olarak belirlenebilir.

Suç ile kabahat arasında lehe normun tespiti meselesinde bahsedebileceğimiz ikinci ihtimal ise kabahat olarak düzenlenen bir fiilin suça dönüştürülmesidir. Suçlar kabahate dönüştürülmeden önceki süreçte, eski ceza kanunu döneminde kabahat-cürüm ayrımı vardı. Dolayısıyla kabahatler hafif nitelikli fiiller olarak kabul ediliyordu. Kabahatler suç olmaktan çıkarılıp 5326 sayılı Kabahatler Kanunu yürürlüğe girdikten sonra yine böyle bir zan söz konusu olabilir. Zira 5326 sayılı Kabahatler Kanunu'nda düzenlenen kabahat fiilleri bu niteliktedir. Fakat idari para cezası ve idari tedbirlerin uygulanmasına sebep olan fiillerin kabahat olduğunu göz önüne aldığımızda muhatabı üzerinde çok ağır sonuçlar doğuran kabahat yaptırımlarının olduğunu görürüz. Milyon liralara bulan idari para cezaları, faaliyetten men, meslek veya sanatın icrasının yasaklanması gibi idari tedbirlerin muhatabı üzerinde ağır sonuçlar doğurması imkân dahilindedir. Muhatabı üzerinde ağır sonuçlar doğuran yaptırıma sebep olan kabahatin suça dönüştürülmesi ihtimalinde ise düzenlemelerden hangisinin muhatabın lehine olduğu hususunda tereddüt ortaya çıkabilir. Fakat bu ihtimalde dahi kabahatin suça kıyasla daha lehe olduğu şeklinde objektif bir kıstas ortaya koymak yanlış olmayacaktır. Zira cezalar idari yaptırımlara kıyasla toplum nezdinde daha ağır kabul edilmektedir. Öte yandan cezaların sicile işlenmesi de muhatabı açısından olumsuz bir durum teşkil etmektedir. Bunlara ek olarak hapis cezası gerçekten ağır bir yaptırımdır. Süresi kısa bile olsa özgürlüğün kısıtlanması özgür tabiatlı olan insan türü için ağır bir yaptırımdır.

B. İdari Para Cezaları Arasında Lehe Norm İlişkisi

İdari para cezalarında verilmiş olan yaptırım hukuki anlamda kesinleşmeden ve tahsil edilmeden önce yeni mevzuat değişikliği

sonucunda para cezasındaki miktar düşürülmüş veya artırılmış olabilir. İşte bu durumlarda lehe normun uygulanması ilkesi gündeme gelecektir. Bu arada belirtmek gerekir ki Danıştayın yargılamanın her aşamasında lehe olan kanunun uygulanması gerektiği kanaatinde olduğu kararları vardır. Örneğin bir idari yaptırım tesis edilse ve hatta infaz edilse bile bu yaptırıma karşı açılan davada henüz kesin karar çıkmadan mevzuat değişikliği olursa lehe normun uygulanması ilkesini uygulamaktadır¹⁹.

İki farklı idari para cezasına ilişkin düzenlemeden hangisinin muhatabı bakımından lehe olduğunu tespiti gayet kolaydır. İdari para cezası maktu olarak belirlenmişse nicelik kriterini kullanarak hangisinin daha ağır bir yaptırım olduğu objektif bir şekilde ortaya konulur. Hangi idari para cezasının miktarı daha az ise lehe olan norm hâliyle bu düzenleme olacaktır.

İdari para cezaları maktu olmasının yanı sıra nispi de olabilir. Ayrıca alt ve üst sınır belirlenmek suretiyle idareye bir değerlendirme marjı da tanınmış olabilir. Bu ihtimallerde de yine nicelik üzerinden değerlendirme yapmak suretiyle lehe olan normun tespiti yapılabilir. Gerek önceki kanun gerekse sonraki kanun alt ve üst sınırları belirlenmiş idari para cezası öngörmüşlerse üst sınırı daha az olan normun lehe olduğu akla gelebilir. Fakat bu her zaman geçerli olmayabilir. Bu sebeple hangisinin daha lehe olduğunu tespit etmek için somut olaya göre değerlendirme yapmak daha makul olacaktır²⁰. Zira 5326 sayılı Kabahatler Kanunu madde 17/2 hükmüne göre idari para cezası kanunda alt ve üst sınır gösterilmek suretiyle belirlenen durumlarda idari para cezasının miktarı belirlenirken işlenen kabahatin haksızlık içeriği ile failin kusuru ve ekonomik durumu birlikte değerlendirilir. Dolayısıyla lehe normu belirlerken somut olaya bakmak gerekebilir. Bu durumda normlardan birisinin maktu, diğerinin alt ve üst sınırının belirlenmiş olması durumunda ve her iki kanununda nispi idari para cezası öngörmesi durumunda hangi normun daha lehe olduğunu somut olaya göre değerlendirme

¹⁹ Danıştay 13. Dairesi T.06.06.2012, E.2011/1747, K.2012/1514, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (10.04.2022); Danıştay 13. Dairesi T.16.06.2010, E.2010/310, K.2010/5128, Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (10.04.2022); Danıştay 13. Dairesi T.13.03.2006, E.2005/6635, K.2006/1385 Kazancı İçtihat Bilgi Bankası, (10.04.2022).

²⁰ Kangal, s.120.

yaparak belirlemek gerekir²¹. Öte yandan maktu ve alt ile üst sınırı kanunda gösterilen idari para cezalarından hangisinin daha lehe olduğunun tespitinde bu para cezalarının yeniden değerlendirme oranındaki artırımını göz önüne alınmalıdır. Zira bazı durumlarda eski kanundaki miktar, yeni kanunda gösterilmiş olan miktardan daha az görülse bile eski kanundaki miktarın yeniden değerlendirme oranında artırılması neticesinde tespit edilen miktar yeni kanundaki miktardan fazla olabilir²².

C. İdari Tedbiri Ağırlaştırılan veya Hafifletiren Nitelikteki Değişiklikler

5326 sayılı Kabahatler Kanunu madde 16 hükmüne göre kabahatin işlenmesi durumunda uygulanacak olan yaptırımlar idari para cezası ve idari tedbirlerdir. İdari tedbirler adından da anlaşılacağı üzere tedbir boyutu olan idari yaptırımlardır. Doktrinde bu kavram farklı anlamlarda kullanılmıştır²³. Bu çalışmada idari tedbir ile kastedilen idari yaptırım olan idari tedbirlerdir. Bir diğer ifadeyle hem cezalandırma ve tedip etme hem de tedbir boyutu taşıyan hukuki muamelelerdir.

Var olan bir idari tedbiri ağırlaştırılan veya hafifletiren değişiklikler olması durumunda da objektif olarak hangisinin lehe olduğunun tespiti yapılabilir. Örneğin 5302 sayılı İl Özel İdaresi Kanunu madde 55/2 hükmüne göre birinci fıkradaki fiillerin “yeme, içme, eğlenme, dinlenme, yatma, bakım ve temizlenme gibi ihtiyaçlarla ilgili ticaret, sanat ve meslekleri yapanlar tarafından işlenmesi durumunda, ayrıca üç günden yedi güne kadar işyerinin kapatılmasına karar verilir.” Varsayalım ki kanun koyucu 3 ila 7 günü, 10 ila 15 gün olarak değiştirirse hangi düzenlemenin lehe olduğu açıkça ortadadır.

Örneğin 3308 sayılı Mesleki Eğitim Kanunu madde 41/5’te belirtilen fiillerin sürmesi durumunda geçici olarak meslekten men yaptırımının uygulanacağı hüküm altına alınmıştır. Varsayalım ki

²¹ Kangal, s.120.

²² Kangal, s.121.

²³ Örneğin Ulusoy idari tedbir kavramına idari yaptırım kavramının içinde değerlendirmesine karşılık amacının cezalandırma veya tedip etme olmayıp idarenin faaliyetlerinin aksamaması ve kamu düzeninin korunması olduğunu ifade etmiştir. Yazara göre ÖSYM’nin yaptığı sınavlarda yasaklı cihaz ve maddelerin sınav yerine sokulamaması ve sınav salonunu belli bir süre boyunca terk etmeme idari tedbirdir. Bkz. Ulusoy, s.175, 186.

kanun koyucu yaptığı değişiklik neticesinde bu geçici olma hâlini sürekli hâle getirirse lehe olan düzenlemenin geçici nitelikteki yaptırımın yer aldığı düzenleme olduğu hususunda tereddüt bulunmamaktadır.

IV. OBJEKTİF KRİTERİN SOMUT OLAY ADALETİNE GÖLGE DÜŞÜREBİLECEĞİ DURUMLAR

Doktrinde idari yaptırımlarda lehe olanın tespitinde somut olay özelinde subjektif hususların göz önünde bulundurulmayıp, objektif kriterin benimsenmesi gerektiği savunulmuştur²⁴. Hangi normun lehe olduğunun tespitinde objektif kriter getirmek öncelikli amaç olmalıdır. Fakat bazı ihtimallerde ısrarla objektif kriter üzerinden lehe normun tespitinin yapılması hakkaniyete aykırı sonuçlar doğurabilir. Objektif olarak belirlenmiş kriter gereğince lehe olduğu saptanan norm, yaptırıma muhatap olacak kişi bakımından aleyhe olabilir. Hakkaniyetli olup olmayacağı subjektif verilerle ortaya konulabilecek bir hususta objektif kıstaslar belirlemek isabetli olmaz. Nitekim doktrinde lehe normun tespitinde objektif kriter benimsense bile somut olay özelinde yaptırıma muhatap olacak kişinin objektif kritere istinaden tespit edilen yaptırımın değil, öteki yaptırımın daha lehe olduğunu ispatlaması durumunda kişinin lehine olan düzenlemenin uygulanması gerektiği savunulmuştur²⁵.

Objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşürebileceği durumlar iki idari tedbir arasında lehe normun tespiti problemi ile bir idari tedbir ile bir idari para cezasından hangisinin lehe olduğunun tespiti olmak üzeri iki ihtimal üzerinden değerlendirilebilir.

A. İki Farklı İdari Tedbir Arasında Lehe Norm İlişkisi

5326 sayılı Kabahatler Kanunu madde 16/2 hükmü idari tedbirleri mülkiyetin kamuya geçirilmesi ve diğer kanunlarda düzenlenen idari tedbirler şeklinde sınıflandırmıştır. Diğer idari tedbirlere örnek olarak bir meslek veya sanatın icrasının yasaklanması, işyeri kapatma, idari iznin geri alınması, kara veya deniz ya da hava nakil aracının trafikten veya seyrüseferden alıkonulması, yıkım işlemi,

²⁴ Ulusoy, s.83; Kangal, s.119.

²⁵ Gündüz, s.42.

faaliyeti durdurma işlemi ve spor müsabakalarından seyir yasağı örnek gösterilebilir.

Kanun koyucu yeni bir idari yaptırım türü ihdas edebilir. Nitekim 5326 sayılı Kabahatler Kanunu madde 19’da öteki idari tedbirler sıralandıktan sonra “gibi yaptırımlar” ifadesiyle bunlardan farklı idari tedbirlerin var olabileceğine dikkat çekilmiştir. Esasında idari tedbirler ilgili kabahat fiiline özgü olarak belirlenirler. Örneğin sporda şiddeti teşvik eder nitelikte açıklama yapan kişiye spor müsabakalarından seyir yasağı verilir²⁶. Bu kabahatin kanunda yapılan değişikliklerle alakasız olan örneğin sürücü belgesinin geri alınması tedbirine dönüştürülmesi elverişli bir yaptırım olmayacağından hukuka aykırı olacaktır. Dolayısıyla mahiyeti birbirinden farklı olan idari tedbirler arasında hangisinin lehe olacağına ilişkin açıklama yapmak gereksiz olacaktır. Zaten bu yönde bir kanun değişikliği hukuka da aykırı olması kuvvetle muhtemel olduğu için oldukça düşük bir ihtimaldir. Fakat kanun koyucunun yeni bir idari tedbir türü ihdas ederek bir kabahate uygulanacak idari tedbiri değiştirebileceğini göz önüne aldığımızda bu yeni yaptırım ile eski yaptırımdan hangisinin lehe olduğu hususunda tereddüt ortaya çıkabilir.

İki farklı idari tedbir arasında bazı durumlarda hangisinin lehe olduğunun tespiti objektif olarak belirlenebilir. Örneğin süreli olarak verilmiş olan işyeri kapatma ile verilen idari iznin geri alınması yaptırımları aynı ağırlıkta değildir. Geçici olarak işyerini kapatma adından anlaşılacağı üzere geçicidir. Fakat verilmiş olan idari iznin alınması durumunda kalıcı bir yasak durumu söz konusu olmaktadır. Geçicilik ve süreklilik üzerinde bu ihtimalde hangisinin lehe olduğunun tespiti kolaydır.

Yeni düzenleme ile eski düzenlemelerden hangisinin daha lehe olduğunun tespiti hususunda tereddüt ortaya çıkabilir. Hangi yaptırımın lehe olduğu yaptırıma muhatap olacak kişiye göre değişebilir. Örneğin bir meslek veya faaliyetten sürekli olarak menedilme ile bir lisans veya ruhsatın geri alınması yaptırımlarından hangisinin lehe hangisinin aleyhe olduğunu objektif bir şekilde belirleyememekteyiz.

²⁶ 6222 sayılı Sporda Şiddet ve Düzensizliğin Önlenmesine Dair Kanun m.22.

B. İdari Tedbir ile İdari Para Cezası Arasında Lehe Norm İlişkisi

Bazı kabahat fiillerine sadece idari tedbir veya idari para cezası uygulanabildiği gibi bazılarında bu iki yaptırımın her ikisi de uygulanabilmektedir. Fakat burada irdelenen mesele bu değildir. İdari para cezası ile müeyyidelendirilen bir kabahat fiilinin yapılan kanuni değişiklik neticesinde idari tedbir ile müeyyidelendirilmesi veya bunun tam tersi durumun söz konusu olması hâlinde lehe normun uygulanması meselesi gündeme gelir.

Genel bir çıkarım yaparak idari tedbirler, idari para cezalarından daha ağırdır denilemeyeceği gibi idari para cezaları, idari tedbirlerden daha ağırdır da denilemez. Zira bazı idari tedbirler, idari para cezalarından, bazı idari para cezaları ise idari tedbirlerden muhatabı üzerinde daha ağır neticeler doğurabilir. Bu mesele somut olay özelinde değerlendirilmesi gerekmekte olup kabahat fiilini işlediği iddia edilen kişinin özellikleri ve meseleye yaklaşımı da önem arz etmektedir. Dolayısıyla lehe ve aleyhe tespitinin tamamen subjektif verilere bağlı olduğu bu ihtimallerde ısrarla objektif kriter getirme çabasında olmak özellikle lehe normun uygulanması ilkesinin amacı ile çelişir.

Belirtilen ihtimallerde bazı durumlarda lehe normun tespiti zor olmayabilir. Fakat çoğu durumda hangi normun daha lehe olduğunu objektif olarak önceden belirlemek gerçek anlamda lehe normun uygulanacağı anlamına gelmez. Varsayıma dayalı ve hâlihazırdaki mevzuattan bağımsız olarak bir örnek üzerinden meseleyi ele almak isabetli olacaktır. Buna göre bir akaryakıt istasyonunun kaçak yakıt satması nedeniyle sadece idari para cezası verileceğine dair düzenlemenin olduğunu kabul edelim. Daha sonra kanun koyucunun yaptığı değişiklik neticesinde idari para cezası yerine istasyonun geçici olarak kapatılmasına dair bir tedbirin düzenlendiğini kabul edelim. Bu ihtimalde hangi düzenlemenin muhatabı bakımından daha lehe olduğunu önceden objektif bir şekilde belirlemek kolay değildir. Zira bazı işletme sahipleri istasyonun kapatılmasından ziyade idari para cezası ödemeyi ve hatta mevcut cezanın iki katını bile ödemeye razı olduklarını söylemek mümkündür. Gerekçesi ise istasyonun kapatılması durumunda ciddi bir itibar kaybı yaşama endişesi olabilir. Bazı işletme sahipleri ise hasar yarar dengesi yaparak istasyonun belli süre kapatılmasının maddi olarak kendilerini daha

az zarara uğratacakları sonucuna varıp idari para cezasını aleyhe düzenleme olarak değerlendirebilirler. Şimdi bu durumda birinci örnekte idari tedbir daha lehe diyerek bu yaptırımın uygulanması ve ikinci örnekte idari para cezası daha lehe olduğu düşüncesiyle uygulanması durumunda lehe norm uygulanmış olmaz, sadece lehe normun uygulandığı varsayılır. Fakat hakkaniyet varsayımlarla yerine getirilemeyebilir. Özellikle varsayımı bertaraf edecek bir araç varsa ısrarla varsayım üzerinden sonuca ulaşmak başlı başına hukuka aykırı bir tutum olarak değerlendirilebilir. Benzer şekilde lisans veya ruhsatın geri alınması ile bir idari para cezasından hangisinin daha lehe olduğunu peşinen söylemek zordur. Böyle durumlarda hangi yaptırımın daha lehe olduğu yaptırıma muhatap olacak kişiye ve somut olaya göre değişebilmektedir.

Açıklanan örneklerdeki gibi durumlarda ısrarla objektif kriter belirleme çabası içerisine girmek adalet ve hakkaniyeti sağlamayı şansa bırakmak anlamına gelir. Zira belirlenen kritere göre somut olayda ilgili kişi için daha lehe olan yaptırım uygulanmış olabilir. Fakat bunun tam tersi de söz konusu olabilir. Lehe normun uygulanması ilkesinin amacı gayet açıktır. Düzenlemenin değişmesi durumunda henüz yaptırım hakkında kesin kararın verilmesinden önce yaptırıma muhatap olacak olan kişinin lehine olan düzenleme hangisi ise onun uygulanmasıdır. Dolayısıyla lehe normun tamamen subjektif verilerle ortaya konulacağı durumlarda objektif kriter belirleme çabası özellikle lehe normun uygulanması ilkesinin ana amacı ile çelişmektedir.

V. OBJEKTİF KRİTERİN SOMUT OLAY ADALETİNE UYMAMASI DURUMLARINDA LEHE NORMUN TESPİTİNE İLİŞKİN ÖNERİ

Hangi mevzuatın suç işlediği iddia edilen kişinin lehine olduğunun tespiti suç işlediği iddia edilen kişinin subjektif durumu veya tercihinin göre değil, objektif kriterlere göre tespit edilmesi gerektiği belirtilmektedir²⁷. Kabahat yaptırımları açısından hangi mevzuatın lehe olduğunu belirleme hususunda objektif kriterlerin kullanılması gerektiği doğrudur fakat yukarıda da belirtildiği gibi bu her durumda işe yaramamaktadır. Eğer amaç hangi normun kabahati işlediği iddia edilen kişinin lehine veya aleyhine olduğunu tespit etmekse onun subjektif durumunu ve hatta bazı durumlarda tercihinin göz önüne almak hakkaniyet duygusu açısından uygun

²⁷ Ulusoy, s.82.

olanıdır. Aksi durumda, yani katı bir şekilde objektif kriterler üzerinden değerlendirme yapılırsa kimi olaylarda lehe normun uygulanması şekilden öteye geçmeyecek ve görünüşte lehe normun uygulandığı belirtilse de aleyhe olanın uygulanması söz konusu olabilecektir.

Doktrinde ise bütün idari yaptırımlar arasında hangisinin lehe olduğunu belirleme konusunda muhakkak objektif kriterlerin uygulanması gerektiği dile getirilmektedir. Bu görüşe göre bir meslek veya faaliyetten sürekli olarak menedilme veya belge, ruhsat, lisans gibi idari izinlerin geri alınması yaptırımlarının tesiri ne olursa olsun idari para cezalarından daha ağır olduğu kabul edilmelidir. Gerekçe olarak ise şu gösterilmektedir: bir meslek veya faaliyetten sürekli olarak menedilme veya idari iznin geri alınması yaptırımlarının geriye dönüşü olanaksız ve güç sonuçlar doğurması mümkün iken; idari para cezalarında ise orantılılık ilkesine uyulduğu takdirde meblağ ne kadar yüksek olsa da faaliyetin devamı hakkında telafisi olanaksız veya güç sonuçlar doğması azdır²⁸. Zaten yukarıda da açıklandığı üzere kabahat yaptırımlarında lehe normun belirlenmesinde objektif kriterin işe yaradığı durumlar söz konusudur. Hatta objektif kriterlere göre lehe norm tespit edilebiliyorsa başka bir araç denemeye gerek yoktur. Fakat yukarıda da ortaya konulduğu üzere bazı durumlarda objektif kriter ile lehe normu tespit etme durumunda tam tersi durumun gerçekleşip lehe olmayan normun uygulanması imkân dahilindedir.

Bir meslek veya faaliyetten sürekli olarak menedilme yaptırımı için bir objektif kriter belirlenebilir. Bir meslek veya faaliyetten sürekli değil geçici olarak menedilme yaptırımının her durumda idari para cezalarına kıyasla daha lehe olduğu söylenemez. Hangisinin lehe olduğunun belirlenebilmesi için her bir olay kendi şartları içinde değerlendirilmelidir. Örneğin çok kısa süreli meslekten menedilmenin ağır bir idari para cezası karşısında daha lehe olduğu akıllara gelebilir. Ancak meslekten menedilme birkaç günlüğüne dahi olsa itibar kaybına sebebiyet vereceği gerekçesiyle para cezası ağır bile olsa suçlanan için lehe olabilir.

Objektif kriter ile lehe normun tespitinin zor olduğu durumlarda yaptırıma muhatap olacak kişiye yaptırımı tercih etme yetkisi

²⁸ Ulusoy, s.83.

verilmesi uygun olabilir. Bu öneri muhtemelen eleştiri ile karşılanacak ve marjinal bir fikir olarak algılanabilecektir. Fakat hukuk mantığına, lehe norm ilkesinin amacıyla felsefesine ve hakkaniyete daha uygundur. Hukukta ortaya konulan çözüm yöntemlerinin birinci amacı adalet, hakkaniyet ve nesafete uymak olmaktır. Adaleti, hakkaniyeti ve nesafeti şansa bırakan çözüm önerilerinin daha marjinal olduğunu belirtmek gerekir.

Bu çözüm önerisi gereği yargı aşamasındaki kabahat yaptırımı işlemleri hakkında yaptırımı muhatap olacak kişiye seçim hakkı tanınmalıdır. Bu doğrultuda yargının vermiş olduğu kararda lehe normun uygulanması ilkesinin uygulanması için kişinin tercihine başvurulması gerektiğine ilişkin hüküm vermiş olması gerekir. Yaptırımı uygulamış olan idare ise yaptırımı muhatap olacak olan kişinin yapacağı tercih doğrultusunda yaptırım kararı vermelidir. Tabii ki bunun için işlemin mahkeme tarafından başka bir gerekçeyle iptal edilmemiş olması gerekir.

İdari aşamada norm değişikliği yapılmış olması durumunda ise yaptırımı muhatap olacak kişiye seçim hakkı verilmelidir. Muhatap bu yaptırımlardan birisini seçmek zorunda olmamalıdır. Zira yaptırımın hukuka aykırı olduğunu düşünüyorsa seçim yapmayabilir. Fakat seçim yapmışsa da bu kabahat fiilini kabul ettiği anlamına gelmemelidir. Bu durumda idare takdir etmelidir. Seçim yapmış olsa bile dava açma süresi içinde bu işleme karşı dava açabilmelidir. Özellikle yargısal denetimi idari yargıda görülen kabahat yaptırımı işlemlerinde dava açılmış olsa bile yürütmenin durdurulması kararı verilmediği müddetçe işlem hukuka uygunluk karinesinden yararlanacağı için bu süreci en az hasarla atlatma amacıyla kabahat yaptırımına muhatap olan kişi lehe norm hususunda bir tercihte bulunabilir. Bütün bu öneriler için kanunda bu yönde düzenlemelerin olması gerektiğini belirtmek gerekir.

SONUÇ

Geçmişe yürüme yasağı bir idari işlem olan kabahat yaptırımı işlemlerinde de kural olarak geçerlidir. Lehe normun uygulanması ilkesi ise geçmişe yürüme yasağının istisnasını teşkil etmektedir. Hangi normun muhatabı için daha lehe olduğunun tespiti ceza hukukunda kolaydır. Zira hapis cezasının adli para cezasından daha ağır olduğunu söyleyebiliriz. İki farklı adli para cezası arasında ise nicelik olarak hangisi daha düşükse o lehedir. Görüldüğü üzere ceza

hukukunda lehe normun tespitinde objektif kriter ile sorun çözülebilmektedir. Suç ile kabahat arasında lehe normun tespitinde kabahatin daha lehe olduğu sonucuna varılabilir.

Kabahat yaptırımlarında lehe normun tespiti ceza hukukundaki gibi kolay olmayabilmektedir. Lehe norm ilkesinin kabahat yaptırımları bakımından analizini yaparken objektif kriterle bağlanabilecek durumlar ve objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşüreceği durumlar olmak üzere iki temel konu ele alınmalıdır. Şayet objektif kriter ile lehe normun tespiti yapılabiliyorsa başka bir araç kullanılmamalıdır. Fakat objektif kriter lehe normun uygulanması ilkesinin amacı ile çelişiyorsa bu sefer objektif kriterin kullanılmaması gerekmektedir.

Öncelikli olarak objektif kriterle bağlanabilecek durumlara bakmak uygun olur. Çalışmada da belirtildiği üzere suç ile kabahat arasında kabahatin daha lehe olduğu sonucuna ulaşılabılır. İki ayrı idari para cezasından hangisinin lehe olduğunun tespitinde de objektif kriter kullanılabilir. Kanunda idari tedbiri ağırlaştırıcı veya hafifleten nitelikte değişikliklerin yapılmış olması durumunda da objektif kriter ile lehe norm tespit edilebilmektedir.

Bazı durumlarda ise kabahat yaptırımlarında objektif kriterin kullanılması hakkaniyete aykırı sonuçların ortaya çıkmasına sebep olabilir. Bunları ikiye ayırabiliriz. İlki iki farklı idari tedbir arasında lehe normun tespiti meselesine ilişkindir. Yukarıdaki paragrafta belirtildiği üzere şayet hâlihazırdaki bir idari tedbiri ağırlaştırıcı veya hafifleten bir değişiklik yapılmışsa objektif olarak hangisinin lehe olduğu ortaya konulabilir. Fakat iki farklı idari tedbirin söz konusu olmaması durumunda somut olay özelinde hangi idari tedbirin daha lehe olduğunun tespiti oldukça zordur. Hatta çoğu zaman bu hususta getirilecek objektif kriter bir varsayıma dayanır.

Objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşüreceği ikinci ihtimal idari tedbir ile idari para cezasından hangisinin daha lehe olduğunu tespitine ilişkindir. Gerçekten de somut olay özelinde idari para cezasının mı yoksa idari tedbirin mi daha lehe olduğu yaptırıma muhatap olacak kişiye göre değişebilir. Bazı kişilere göre idari para cezası lehe olarak değerlendirilebilecekken bazılarında ise idari tedbir daha lehe olabilir.

Böyle durumlarda objektif bir kritere göre lehe normu tespit etme varsayımdan öteye geçmez. Lehe normun uygulandığı zannedilirken tam tersi aleyhe normun uygulanmış olması söz konusu olabilir. Bu durumun özellikle lehe normun uygulanması ilkesinin ana amacına uymadığı aşikârdır. Kabahat yaptırımlarında objektif kriterin somut olay adaletine gölge düşüreceği durumlarda ısrarla objektif kriter belirleme çabası hukuka uyarlı olmayacaktır. Lehe normun uygulanması ilkesinde amaç yaptırıma muhatap olacak kişinin lehine olan normun uygulanmasıdır. Fakat objektif kriterin çözümü şansa bıraktığı durumlarda esasında lehe norm uygulanmış olması sadece varsayılacaktır. Hâlbuki hukukta varsayımdan ziyade net çözüm bulmak daha evladdir. Dolayısıyla bu durumlarda hakkaniyet gereği farklı bir çözüm aracı kullanılmalıdır.

Belirtilen durumlarda kabahat yaptırımına muhatap olacak kişiye bir seçim hakkının tanınması isabetli olacaktır. Bu durum idari aşama ve yargısal aşama için ayrı ele alınmalıdır. Öncelikle belirtmek gerekir ki bu önerilerin uygulanabilmesi için kanunda bu yönde değişiklikler yapılması gerekmektedir. İdari aşamada idarenin yaptırıma muhatap olacak kişiye lehe normu tespit etmesi için tercih hakkı tanınması gerekir. Muhatabın bu tercihi kullanması zorunlu değildir. Kullanmış olması durumunda ise kabahat fiilini işlediğini kabul ettiği yönünde bir sonuca varılmamalı ve muhatabın dava açma süresi içinde yaptırım işlemine karşı dava açabilmesi mümkün olmalıdır.

Yargısal aşamada lehe normun gündeme gelmesi durumunda mahkeme, kararında bu hususa değinmeli ve gerekçesinde lehe normun tespiti için yaptırıma muhatap olacak kişiye tercih hakkı sunulması gerektiğini belirtmelidir. Tabii ki bu yönde bir karar vermesi için yaptırım işlemi başka bir sebeple iptal etmemiş olmalıdır. Yargı kararından sonra yaptırım işlemi tesis etmiş olan idare lehe normu tespit etmesi için yaptırıma muhatap olan kişiye tercih hakkı vermelidir.

KAYNAKÇA

Akbulut, Berrin. *Türk Ceza Kanunu ile Kabahatler Kanununun Genel Hükümlerinin Yaptırım Hükümleri Karşısında Karşılaştırmalı Olarak İncelenmesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.

Çağlayan, Ramazan. *İdari Yaptırımlar Hukuku*, Asil Yayıncılık, Ankara, 2006.

- Erdem, Tahir. *Vergisel Kabahatler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2010.
- Gözler, Kemal. *İdare Hukuku C.I*, 2. Baskı, Ekin Yayınevi, Bursa, 2019.
- Gülan, Aydın. “Kanun Değişikliğiyle İdari Para Cezası Verilmeden Önce “Uyarı” Şartı Getirilmesi, Kimi Durumlarda Görülmekte Olan İptal Davasını Etkileyecek Lehe Bir Düzenleme Sayılabilir mi?”, *Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan*, C.21, Özel Sayı, 2019, 2953-2960.
- Gündüz, Fatma Ebru. “İdari Yaptırımların Zaman Bakımından Uygulanması”, *TAAD*, Y.8, S.32, 2017, 33-59.
- Kangal, Zeynel T. *Kabahatler Hukuku*, 2. Baskı. On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Kaplan, Onur. “Danıştay Kararları Çerçevesinde İdari Yaptırımlarda Lehe Hükümün Uygulanması İlkesi”, *ERÜHFD*, C.16, S.2, 2021, 445-486.
- Katoğlu, Tuğrul. “Kabahatler ve Zaman Yönünden Uygulamaya İlişkin Kimi Sorunlar”, *Haluk Konuralp Anısına Armağan*, C.II, Yetkin Yayınları, Ankara, 2009, 1021-1034.
- Mahmutoğlu, Fatih Selami. *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, Kazancı Hukuk Yayınları, İstanbul, 1995.
- Otacı, Cengiz ve Keskin, İbrahim. *Türk Kabahatler Hukuku*, 3. Baskı, HUKAB Yayınları, Ankara, 2014.
- Özen, Mustafa. *İdari Ceza Hukuku*, Adalet Yayınları, Ankara, 2013.
- Özkan, Gürsel. “İdari Yaptırımlar, Lehe Kanun Uygulaması ve Yargıya Güven”, *International Conference on Eurasian Economies 2020*, Beykent Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2020, 175-185.
- Plessix, Benoît. *Droit Administratif Général*, 3. Baskı, LexisNexis, Paris, 2020.
- Rousset, Michel ve Rousset, Olivier. *Droit Administratif I, L’action Administrative*, 2. Baskı, Presses Universitaires de Grenoble, Grenoble, 2004.
- Ulusoy, Ali. *İdari Yaptırımlar*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2013.
- Yurtcan, Erdener. *Yargıtay Kararları Işığında Kabahatler Kanunu ve Yorumu*, 2. Bası, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2016.

İNSAN HAKLARI VE DEMOKRASİ

KADININ İNSAN HAKLARINDAN BİR SAPMA ÖRNEĞİ: ÇOCUK GELİN UYGULAMASI

*Ayşen SEYMEN ÇAKAR**

Öz

Çocuk evlilikleri, on sekiz yaşın altındaki bir çocuk ile bir yetişkin veya başka bir çocuk arasındaki resmi evlilik veya gayri resmi birliktelik olarak tanımlanmaktadır. Dünya üzerinde her beş çocuktan biri evlidir. Her yıl on iki milyon kız çocuğu çocuk yaşta evlilikler nedeniyle başta eğitim, sağlık ve istihdam olmak üzere birçok temel haktan yoksun bırakılmaktadır. Türkiye bu zararlı uygulamanın yaygın olduğu ülkelerden biridir. Bugün Türkiye'de 18-45 yaş arası her beş kadından biri çocuk yaşta evlenmiş, çocuk yaşta evlenen her üç kadından biri de çocuk yaşta anne olmuştur. On sekiz yaşından önce evlenen kadınların yarısı fiziksel şiddete maruz kalmıştır. Çocuk yaşta evlilikler genellikle yerleşik cinsiyet eşitsizliğinin sonucudur ve kız çocukları bu uygulamadan orantısız şekilde etkilenmektedir. Küresel olarak, erkek çocuklar arasında çocuk yaşta evliliklerin yaygınlığı, kız çocukları arasındaki oranın sadece altıda biridir. Çocuk gelin uygulaması, pek çok ulus üstü düzenleme ile yasaklanmış olmasına rağmen, anayasamızda bu yönde bir düzenleme bulunmamakta, üstüne üstlük Türk Medeni Kanunu da çocuk yaşta nişanlanma ve evlenmeleri yasal olarak mümkün kılmaktadır. Çocukların korunması yönünde tedbirler almak devletlerin yükümlülüğüdür. Yapılması gereken bir an önce yasal mevzuatın değiştirilmesi ve çocuk yaşta evliliklerin mutlak olarak yasaklanmasıdır.

Anahtar Kelimeler: Çocuk gelin, kız çocukları, evlilik, şiddet, toplumsal cinsiyet eşitsizliği.

A DEVIATION EXAMPLE FROM WOMEN'S HUMAN RIGHTS: CHILD BRIDE APPLICATION

Abstract

Child marriage is defined as a formal marriage or informal union between a child under the age of eighteen and an adult or other child. One in five children worldwide is married. Every year, twelve million girls are deprived of many basic rights, especially education, health and employment, due to child marriages. Turkey is one of the countries where this harmful practice is common. Today, one out of every five women between the ages of 18-45 in Turkey got married as a child, and one out of every three women who got married as a child became a mother as a child. Half of the women who got married before the age of eighteen were subjected to physical violence. Child marriage is often the result of established gender inequality, and girls are disproportionately affected by this practice. Globally, the prevalence of child marriage among boys is only one-sixth that among girls. Although the practice of child bride is prohibited by many supranational regulations, there is no regulation in this direction in our constitution, and even the Turkish Civil Code makes it legally possible to get engaged and married at a young age. It is the obligation of states to take measures to protect children. What needs to be done is to change the legal legislation as soon as possible and to ban child marriages absolutely.

Keywords: Child bride, girls, marriage, violence, gender inequality.

GİRİŞ

Ulusal ve uluslararası hukukta, on sekiz yaşın altındaki her birey çocuk olarak kabul edilmektedir. Çocuk evlilikleri ise taraflardan birinin ya da her ikisinin de on sekiz yaşın altında olduğu resmi ya da gayri resmi evlilikleri ifade etmektedir. Dünya üzerinde yaygın bir uygulama olan çocuk evlilikleri, ülkemizde de hatırı sayılır bir oranda gerçekleştirilmektedir. Kız çocuklarının, çocuk evliliklerine, erkek çocuklara oranla daha fazla maruz kaldıkları bilinmektedir. Bu sebeple, erken ve zorla evliliklerdeki baskın cinsiyet unsurunu vurgulamak maksadıyla çocuk gelin uygulaması teriminin kullanılması da yaygındır.

Çocuk gelin uygulamasının altında yatan pek çok sebep vardır. Örneğin, ataerkil aile yapısı, toplumsal cinsiyet kalıpları, töre ve aşiret faktörü, ekonomik ve sosyal sebepler, gelenek bunlardan bazılarıdır.

Çocuk gelin uygulaması, çocukların, başta yaşama hakkı, sağlık hakkı, eğitim hakkı, maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkı, yeterli bir yaşam seviyesine sahip olma hakkı, çocukların çocukluklarını yaşama hakkı, sömürüye karşı korunma hakkı, özgürlük ve güvenlik hakkı gibi pek çok haklarını ihlal etmektedir. Çocuk gelin uygulaması, çocuğa yönelik şiddetin de bir örneğidir. İnsan onuru ilkesine ve dolayısıyla bir bütün olarak insan hakları anlayışına aykırıdır.

Pek çok uluslararası düzenlemede, evliliğin ancak tarafların tam ve özgür rızası ile gerçekleştirilebileceği belirtilmiş fakat evlilik yaşını düzenleme yetkisi genellikle ulusal hukuklara bırakılmıştır. Böyle olmakla birlikte, bu yaşın, kişilerin iradelerinin olduğu ve bu iradelerin hukukun belirlediği şartlarda açıklanma yeteneğinin kazanıldığı bir yaş olarak düzenlenmesi gereği de açıktır.

Türk hukukunda çocuğu koruyucu pek çok yasal düzenleme mevcuttur. Bunların başında Türkiye Cumhuriyeti Anayasası gelmektedir. Anayasanın yanı sıra Çocuk Koruma Kanunu'nda ve Türk Ceza Kanunu'nda benzer koruyucu hükümler yer almaktadır. Nişanlanma ve evlenme ehliyetlerini düzenleyen Türk Medeni Kanunu ise ilgili hükümleriyle, söz konusu diğer ulusal mevzuat ile çelişmektedir. Türk Medeni Kanunu, yasal temsilcilerin rızasıyla küçük ve kısıtlıların nişanlanabileceğini ve nişanlanmanın bir evlilik vaadi olduğunu düzenlemektedir. Bu noktada bir yaş sınırı

da belirlememiş olan Türk Medeni Kanunu, yasal temsilcilerin rızasıyla, henüz evliliğin anlamını idrak edemeyecek yaştaki çok küçük çocukların dahi nişanlanmasına izin vermektedir. Türk Medeni Kanunu, evlenme ehliyetlerinden yaş koşulunu düzenlediği maddesinde evlenme yaşını kadın ve erkekler için on yedi yaşın doldurulması olarak belirlemiş ve hakim in olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceğini ve olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasinin dinleneceğini hüküm altına almıştır. Aynı Medeni Kanun, kişinin on sekiz yaşını tamamlamasıyla ergin olabileceğini ve ergin olan bir kişinin kendi fiilleriyle hak kazanıp borç altına girebileceğini de düzenlemekte ve kendi içerisinde çelişmektedir. Medeni Kanun, evlenmenin kişiyi ergin kılacağını da belirtmektedir. Yani, ergin olmayan bir kişinin iradesiyle evlilik akdini düzenleyebileceğini ve bu akdi düzenlemesiyle de ergin kabul edileceğini belirtmektedir.

Toplumsal düzen kuralları niteliğinde olan hukuk kuralları, tıpkı toplumların kendisi gibi dinamik yapıdadır. Toplumsal değişimlere duyarsız olması mümkün değildir. Oysa Türkiye İstatistik Kurumu verileri incelendiğinde, ülkemizde çocuk gelin uygulamasının ciddi bir azalma eğilimi içerisinde olduğu görülmektedir. Bu noktada, ulusal mevzuatın da gözden geçirilmesi ve toplumsal dinamiklere uygun ve çocuğu koruyucu hükümlerin getirilmesi uygun olacaktır.

Bu çalışmanın amacı dünyada ve ülkemizde yaygın bir şekilde gerçekleştirilen çocuk gelin uygulamasının hukuksuzluğunu dile getirerek, kadının insan hakları ihlallerinin bir türü olan bu uygulamanın son bulması için katkı sağlamaya çalışmaktır. Çalışmada, ülkemizdeki güncel istatistiki verilerden de yararlanılmıştır. Çalışmanın, alana katkı sağlayacağı umulmaktadır.

I. ÇOCUK GELİN UYGULAMASINA GENEL BİR BAKIŞ

Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre, çocuğa uygulanabilecek olan kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, on sekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır¹. Çocuk Koruma Kanunu'na

*Dr. Öğr. Üyesi, Anadolu Üniversitesi, aysenseymencakar@anadolu.edu.tr, ORCID: 0000-0002-3843-6120.

göre ise daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur². Çocuk evlilikleri, eşlerden birinin veya her ikisinin on sekiz yaşından küçük olduğu evlilikleri ifade eder. Bu uygulama, “Evlilik ancak müstakbel eşlerin özgür ve tam rızası ile yapılabilir” diyen İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin ihlalidir. Kız çocukları, çocuk evliliği uygulamasına daha fazla maruz bırakılmakta ve sonuç olarak okulu bırakmakta ve diğer şiddet türlerine maruz kalmaktadır³. Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu'nun Mayıs 2010 tarihli Erken Yaşta Evlilikler Hakkında Raporu'nda belirttiği gibi erken yaşta yapılan evlilikler, kadınların toplumdaki eşitsiz konumunu pekiştirmekte ve hayat tercihlerini azaltmaktadır. Kadınları eğitimsizlik, yoksulluk, cahillik ve bağımlılık kısır döngüsüne hapseden bu evlilikler onların geleceğe dair hayallerini de ellerinden almaktadır. Erken yaşta yapılan evliliklerin bir çocuk hakkı, kadın hakkı ve insan hakkı ihlali olduğu kabul edilmiştir⁴.

UNICEF ise çocuk evliliklerini, on sekiz yaşın altındaki bir çocuk ile bir yetişkin veya başka bir çocuk arasındaki resmi evlilik veya gayri resmi birliktelik olarak tanımlamaktadır. COVID-19 pandemisinden önce, önümüzdeki on yılda 100 milyondan fazla kız çocuğunun on sekizinci yaş günlerinden önce evlenmesi beklenirken, şimdi, pandemi nedeniyle 10 milyona kadar daha fazla kız çocuğu çocuk gelin olma riski altındadır. Birleşmiş Milletler Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri, bu insan hakları ihlalini 2030 yılına kadar sona erdirmek için küresel eylem çağrısında bulunmaktadır⁵. Konu ile ilgili ulusal ve küresel çapta faaliyet gösteren pek çok kuruluş mevcuttur. Hindistan merkezli Breakthrough, küresel çapta faaliyet gösteren CARE-Global ve Girls

¹ Birleşmiş Milletler. *Çocuk Hakları Sözleşmesi*, 1989, <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

² 03.07.2005 tarih ve 5395 sayılı Kanun. Yayınlandığı Resmi Gazete Tarihi: 15.07.2005, Sayı: 25876. <https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5395.pdf>, (Erişim Tarihi: 02.06.2022).

³ United Nations Women. *Frequently asked questions: Types of violence against women and girls*, (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

⁴ Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu. *Erken Yaşta Evlilikler Hakkında Komisyon Raporu*, Mayıs 2010, <https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2088>, (Erişim Tarihi: 02.06.2022), s. 10.

⁵ UNICEF. *Child Marriage*, <https://www.unicef.org/protection/child-marriage>, (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

Not Brides, Mısır'da çalışmalar yürüten Egyptian Foundation for Advancement of the Childhood Condition, Tanzanya merkezli Forum for African Women Educationalists, İngiltere merkezli Forward bunlardan birkaçıdır⁶. Bu örgütler kız çocuklarının okula devam etmeleri konusunda cesaretlendirilmeleri, cinsellik konusunda yaşa uygun eğitime sahip olmaları, risk altındaki kız çocukları için devlet korumasında barınma olanakları sağlanması, dini liderlerin desteğinin alınması, toplumsal diyalog geliştirilmesi, asgari yasal evlilik yaşınının 18 olması için çalışmalar yürütmekte, kamuoyu liderlerinin eşlerinin de dahil olduğu projeler geliştirmektedirler⁷.

Söz konusu uygulamayı nitelenecek üzere “çocuk evlilikleri”, “çocuk gelin uygulaması”, “çocukların erken yaşta evlendirilmesi” gibi farklı terimler kullanılabilir. Bu ifadeler, uygulamanın dikkat çekilmek istenen özelliğine göre değişebilir. Bazı yazarlar, terminoloji olarak çocuk gelin ifadesinin kullanılmasını doğru bulmamaktadır. Onlara göre “çocuk” ve “gelin” şeklinde iki olumlu kavramdan bir olumsuz kavramın türetilmesi doğru değildir⁸. Fakat erken evliliklerde asıl üzerinde odaklanılmak istenen nokta, çocukluk döneminde toplumsal cinsiyetle kurulan kadın rolünün çocuğa benimsetilmesi ve yasal evlilik yaş sınırının altındaki kız çocuklarının evlendirilmesi⁹ olan çalışmalarda çocuk gelin teriminin sıkça kullanıldığı da görülmektedir. Bazı yazarlar, uygulamadaki baskı, zor ve rıza dışılık unsurunu vurgulamak amacıyla bu terimin yerine “erken ve zorla evlilikler” kavramını tercih etmekle birlikte, somut olaylarda rızanın varlığının bulunması durumunda bile bu rızanın bilinçli bir rıza olmadığı da açıktır¹⁰.

⁶ Balta Peltekoğlu, Filiz / Akbayır, Zuhul. “Davranışsal İlgörü ve Halkla İlişkilerin Kesişim Noktası: Çocuk Gelin Sorununda Medyada Farkındalık ve Davranışsal Halkla İlişkiler”, *Erciyes İletişim Dergisi*, C. 6, S. 2, 2019, s. 835-836.

⁷ Balta Petekoğlu / Akbayır, s. 836.

⁸ Reva, Zeynep. “Şiddet ve Toplumsal Eşitlik Perspektifinden Kız Çocuklarının Küçük Yaşta Evlendirilmesi”, Ed. Yenerer-Çakmut, Özlem / Yakuppur, Sendi / Yücel-Dericiler, Özge / Özer, Işık / Yıldırım, Ferhat, *Hukuk ve Disiplinler Arası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Eşitlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 260.

⁹ Çetin, Merve. “Toplumsal Bir Gerçeklik Olarak Çocuk Gelinler”, *Toplum ve Kültür Araştırmaları Dergisi*, S. 5, 2020, s. 108.

¹⁰ Yüksel, Hasan / Yüksel, Mesude. “Çocuk İhmali ve İstismarı Bağlamında Türkiye’de Çocuk Gelinler Gerçeği”, *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 5, S. 2, 2014, s. 8.

Dünya üzerinde çocuk evliliklerinin en yaygın olduğu ülke, %76'lık orana sahip Nijer'dir¹¹. Dünya üzerinde her beş çocuktan biri evlidir. Her yıl on iki milyon kız çocuğu çocuk yaşta evlilikler nedeniyle başta eğitim, sağlık ve istihdam olmak üzere birçok temel haktan yoksun bırakılmaktadır. Maalesef Türkiye bu zararlı uygulamanın yaygın olduğu ülkelerden biridir. Bugün Türkiye'de 18-45 yaş arası her beş kadından biri çocuk yaşta evlenmiş, çocuk yaşta evlenen her üç kadından biri de çocuk yaşta anne olmuştur. On sekiz yaşından önce evlenen kadınların yarısı fiziksel şiddete maruz kalmıştır¹². Anatomik ve psikolojik gelişim tamamlanmadan yaşanan adölesan gebelikler, anne ve bebek sağlığı açısından kısa ve uzun dönemde olumsuz etkilere neden olabilen, fiziksel, sosyal ve psikolojik açılardan riskli gebeliklerdir¹³.

Çocuk yaşta evlilikler genellikle yerleşik cinsiyet eşitsizliğinin sonucudur ve kız çocukları bu uygulamadan orantısız şekilde etkilenmektedir. Küresel olarak, erkek çocuklar arasında çocuk yaşta evliliklerin yaygınlığı, kız çocukları arasındaki oranın sadece altıda biridir¹⁴.

Türkiye'de ilk evlenme yaşının cinsiyete göre verileri incelendiğinde, 2021 yılı için kadınların erkeklere göre daha erken yaşlarda evlendiği görülmüştür. Evliliğini 18 yaşından önce yapan erkeklerin oranı %4,4 iken kadınların oranı %24,2 olarak tespit edilmiştir¹⁵.

Evlenme istatistiklerine göre; 16-17 yaş grubunda olan kız çocuklarının resmi evlenmelerinin toplam resmi evlenmeler içindeki oranı 2009 yılında %8,1 iken bu oran 2019 yılında %3,1'e

¹¹ Ergöçmen, A. Banu / Keskin, Faruk / Yüksel-Kaptanoğlu, İlnur. *Child, Early and Forced Marriage in Turkey Data Analysis of Turkey Demographic and Health Surveys 1993-2018*, UNFPA Turkey Yayını, Ankara, 2020, s. 13.

¹² UNFPA. *The last 25 years of child marriages in Turkey*, <https://turkey.unfpa.org/en/news/last-25-years-child-marriages-turkey#:~:text=One%20in%20every%20five%20children,this%20harmful%20practice%20is%20common.,> (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

¹³ Bükcek, Esra / Özkan, Birgül. "Kadına Yönelik Şiddet: Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Kadın Sağlığına Etkisi", *İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2018, s. 36.

¹⁴ UNICEF. *Child Marriage*, <https://www.unicef.org/protection/child-marriage>, (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

¹⁵ TÜİK. *Türkiye Aile Yapısı Araştırması 2021*, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye-Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813&dil=1>, (Erişim Tarihi: 01.04.2022).

düşmüştür. Birleşmiş Milletler İstatistik Komisyonu tarafından 2013 yılında kabul edilen "Birleşmiş Milletler Toplumsal Cinsiyet Göstergeleri 52 Minimum Gösterge Seti"nde yer alan göstergelerden biri olan "20-24 yaş grubunda olup 18 yaşından önce evlenen kadınların oranı" Türkiye'de 2010 yılında %8,2 iken 2019 yılında bu oran %5,1 olmuştur¹⁶.

Çocuk gelin uygulamasının başlıca nedenleri; eğitimsizlik, göç, töre ve aşiret faktörü, toplumsal baskı ve kullanılan dil, cinsel taciz ve istismara uğrama ve aile şerefi, sosyo ekonomik sebepler, aile içi şiddet, dini bilgilerin yanlış yorumlanması şeklinde sayılabilir¹⁷. Çocuk gelin olgusunda, toplum üzerinde büyük etkiye sahip olan medyanın da önemli bir rolü olduğu görülmektedir. Medyada çocuk gelinler ile ilgili haberlerin ele alınış şekli ve olayların aktarım biçiminin bu mevzu üzerine toplumun algısını şekillendirdiği bilinmektedir. Tüm dünyayı ilgilendiren çocuk gelin olgusunun bazı gazetelerin haber başlıklarında tekil ifadelerle ayrı bir durum olarak yayınlandığı, toplumsal sorun olan çocuk evliliklerinin kişiye indirgenmiş bir yaklaşımla halka sunulduğu görülmektedir¹⁸.

Çocuk gelin uygulamasının temelinde yatan sebebin toplumsal cinsiyet kalıpları olduğunu söylemek mümkündür. Kadının temel görevinin evlenmek ve çocuk doğurmak ve ev içi işleri yapmak, çocuk büyütme olarak algılandığı ataerkil aile yapısının bulunduğu toplumlarda çocuk gelin uygulamasının varlığı bu sebebe dayanır. Yine kız çocuklarının kendi namusunu koruyamayacağı algısının olduğu toplumlarda, aile bu görevi kendisine yüklemekte ve bir an önce bu sorumluluktan kaçınmak maksadıyla kız çocuklarını evlendirerek bir nevi bu sorumluluğu kocaya geçirmektedir. Böyle bir algının bulunduğu toplumlarda bu tür bir namus bekçiliği görevi sözde namus cinayetlerinin de sıkça işlenmesiyle sonuçlanmaktadır. Bazı durumlarda ise çocuk gelin uygulaması ile başlık parası ve berdel gelenekleri iç içe geçmekte ve bu durumlarda kız çocukları alınıp satılabilecek ya da takas edilebilecek bir mal (eşya) statüsüne sokulmaktadır. Söz konusu

¹⁶ TÜİK. *Dünya Nüfus Günü 2020*, <https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dunya-Nufus-Gunu-2020-33707>, (Erişim Tarihi: 01.04.2022).

¹⁷ Reva, s. 261.

¹⁸ Duman, Nesrin / Coşkun, Büşra Nur. "Çocuk Yaşta Evlilik ya da Çocuk Gelin Olgusuna Psikososyal Bir Bakış", *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, C. 4, S. 2, Yaz 2019, s. 272.

örneklerin hepsinde mevcut toplumsal kalıplar ve önyargıların, uygulamaya eşlik ettiği görülmektedir. Dolayısıyla söz konusu örneklerin hepsi aynı zamanda kız çocuklarına yönelik yapısal ayrımcılık oluşturmaktadır. Söz konusu yapısal ayrımcılığı yasaklamak ve önlemek devletin yükümlülüğüdür. Devlet, öncelikle konuya ilişkin gerekli yasal düzenlemeleri yapmak ve ardından bu düzenlemelerin uygulamasını izlemek ve denetlemek yükümlülüğü altındadır. Devletin insan hakları alanında saygı gösterme ve yerine getirme yükümlülükleri bunu gerektirir. Devletin insan hakları alanında üçüncü tür yükümlülüğü de koruma yükümlülüğüdür ki, bu noktada devlet, kız çocuklarının zorla evlendirilmesi uygulamalarında çocuğun yüksek yararına uygun olarak tedbirler almak, örneğin gerektiğinde çocukla aile arasında ayrılık kararı verilmesini ve uygulanmasını temin etmek zorundadır. Koruma yükümlülüğünün gerektirdiği durumlarda aynı zamanda aileye yönelik hukuki ya da cezai bazı yaptırım tedbirlerine başvurmak caydırıcı olabilmektedir.

II. HUKUKİ DÜZENLEMELERDE ÇOCUK GELİN UYGULAMASI

İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 16. maddesinde, evlenme akdinin ancak müstakbel eşlerin serbest ve tam rızasıyla yapılacağı¹⁹ hükme bağlanmıştır. Aynı hüküm Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinde²⁰ ve Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Sözleşmesi'nin 10. maddesinde²¹ yer almaktadır. Bir kimsenin çocuk yaşta evlendirilmesi durumunda onun hukuken

¹⁹ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner. *Universal Declaration of Human Rights*, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/turkish-turkce>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

²⁰ Birleşmiş Milletler. *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, 1966, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/MedeniVeSiyasiHaklaralliskinSozlesme.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin 1990 tarihli ve 19 numaralı Genel Yorum kararında, Sözleşmenin, erkeklere veya kadınlara yönelik belirli bir evlenme yaşı öngörmemiş olmasına karşın bu yaştan, evlenme niyetinde olan kadın ve erkeğin tam ve özgür iradesiyle bu kararı alabileceği ve hukukun öngördüğü şart ve şekilde bu iradeyi beyan edebileceği bir yaş olması gerektiği belirtilmiştir. Bu bağlamda Komite, devletin bu konudaki hukuki düzenlemelerinin Sözleşme ile güvence altına alınan bütün diğer hakların tam anlamıyla kullanılmasıyla uyum göstermesi gerektiğini ifade etmektedir.

Uyar, Lema. *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006, s. 46.

²¹ Birleşmiş Milletler. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, 1966, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

değer görecektir tam ve hür bir rızasının varlığından bahsetmek mümkün değildir. Bu tür bir uygulama aynı zamanda çocuğun yüksek yararına da aykırıdır. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nde, çocuğun kötü muameleye maruz bırakılması ya da ihmal edilmesi gibi durumlarda çocuğun yüksek yararına uygun olarak çocuk ile anne ve baba arasında ayrılık kararı verilebileceği (md. 9) ve taraf devletlerin çocuğun ana-babasının ya da onlardan yalnızca birinin, yasal vasi veya vasilerinin ya da bakımını üstlenen herhangi bir kişinin yanında iken bedensel veya zihinsel saldırı, şiddet veya suistimale, ihmal ya da ihmalkâr muameleye, ırza geçme dahil her türlü istismar ve kötü muameleye karşı korunması için; yasal, idari, toplumsal, eğitsel bütün önlemleri alacağı (md. 19) hükme bağlanmıştır²².

Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılması Sözleşmesi'nin 16. maddesinde, evlilik ve aile ilişkileri konusunda kadın-erkek eşitliğini sağlamak amacıyla taraf devletlere bazı yükümlülükler yüklenmiştir. Bu madde uyarınca, evlenmede erkekle eşit hak, özgür olarak eş seçme ve serbest ve tam rıza ile evlenme hakkı kadına tanınmış; çocuğun erken yaşta nişanlanmasının veya evlenmesinin hiçbir kanuni etkisinin olmayacağı ve evlenme asgari yaşının belirlenmesi ve evlenmelerin resmi sicile kaydının mecburi olması için yasama dahil gerekli tüm önlemlerin alınması yükümlülüğü devlete yüklenmiştir²³.

Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'nin 32. maddesi, mağdura gereksiz bir parasal veya idari yük getirmeksizin, zorla gerçekleştirilen evliliklerin geçersiz ve hükümsüz kılınabilmesini veya sona erdirilmesini temin edecek yasal veya diğer tedbirleri alma yükümlülüğünü taraf devletlere getirmiştir. Sözleşmenin 37. maddesinde de taraf devletlere, bir yetişkinin veya çocuğun zorla evlendirilmesinin veya bu amaçla zorla veya kandırılarak başka bir

²² Birleşmiş Milletler. *Çocuk Hakları Sözleşmesi*, 1989, <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

²³ Birleşmiş Milletler. *Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi*, 1979, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadnlaraKarsiAyrımcılığınÖnlenmesiSozlesmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

ülkeye götürülmesinin önlenmesi amacıyla tedbirler alma yükümlülüğü yüklemektedir²⁴.

Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda çocukları koruyucu hükümler yer almaktadır. Anayasanın 10. maddesinde, eşitliği sağlamak amacıyla çocuklara yönelik koruyucu tedbirler alınmasının eşitlik ilkesine aykırı kabul edilemeyeceği vurgulandıktan sonra 41. maddesinde, devlete, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirler alma yükümlülüğü yüklenerek; her çocuğun, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir.

Uluslararası ve ulusal düzenlemelere rağmen, çocuk yaşta evliliklerin halen var olması, sorunun sadece yasalar yoluyla çözülemeyeceğini, çocuk gelinleri onaylayan ve meşru gören sosyal ve kültürel değer yargılarının çoğu zaman yasalardan daha güçlü olabildiğini göstermektedir²⁵.

Örneğin Türk Ceza Kanunu'nun 103 vd. maddeleri uyarınca çocuğun cinsel istismarı, reşit olmayanla cinsel ilişki ve cinsel taciz yani sözün özü çocuğun cinsel suistimali suçtur. Çocuk gelin uygulaması da çocuğun cinsel açıdan sömürülmesinin yani cinsel suistimalin bir türüdür. Çocuk gelin uygulamasının, yasalarda suç olarak düzenlenmesine rağmen, yoğun olarak gerçekleştirildiği ve çoğu zaman da uygulamanın örtbas edildiği ya da edilmeye çalışıldığı bilinmektedir. Yasalarda açıkça suç olarak düzenlenen bir eylemin, örtbas edilmesinin ülkemizde belli başlı yöntemleri göze çarpmaktadır. Bunlar: Hukuki boşluktan kaynaklanan suç gizlemeler, kamu görevlilerinden kaynaklanan suç gizlemeler, özel hastanelerden kaynaklanan suç gizlemeler, ebeveynlerden kaynaklanan suç gizlemeler, din adamlarından kaynaklanan suç gizlemeler, vatandaşlardan kaynaklanan suç gizlemeler şeklinde sınıflandırılabilir²⁶.

²⁴ Avrupa Konseyi. *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, 2011, <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

²⁵ Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur / Ergöçmen, Banu. "Çocuk Gelin Olmaya Giden Yol", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 15, S. 2, Güz 2012, s. 131-132.

²⁶ Arslan, Yusuf. "Çocuk Gelin Evliliklerinde Suçu Gizleme Yöntemleri Üzerine Bir Araştırma", *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 2, S.2, 2018, s. 6.

Türk Medeni Kanunu'nda yer alan nişanlanma ve evlenmeye ilişkin hükümler incelendiğinde çocuğun velisinin rızasıyla nişanlanmasının ve evlenmesinin hukuken mümkün kılındığı görülmektedir. Nişanlanma ile ilgili hükümde, nişanlanmanın, evlenme vaadiyle olacağı belirtildikten sonra, nişanlanmanın yasal temsilcilerin rızası olmaksızın küçüğü veya kısıtlıyı bağlamayacağı düzenlenmiştir (md. 118). Oysaki ilgili maddede yalnızca yasal temsilcilerin rızasından bahsedilmekte, bu rızanın varlığı durumunda çocukların nişanlanabileceği meşrulaştırılmış olmaktadır. Bunun yerine, küçüklerin nişanlanmasını mutlak olarak yasaklayıcı bir hüküm yer alması hukuki bir koruma sağlamak için gereklidir. Medeni Kanun'un, evlenme ehliyetlerinden yaş koşulunu düzenleyen 124. maddesinde, erkek veya kadının on yedi yaşını doldurmadıkça evlenemeyeceği; ancak, hâkimin olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple on altı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebileceği ve olanak buldukça karardan önce ana ve baba veya vasinin dinleneceği hükme bağlanmıştır. Görüldüğü gibi Türk Medeni Kanunu, çocuk nişanlanmalarının yanı sıra çocuk evliliklerine de yasal olarak izin vermektedir. Aynı Kanun, ergenlik yaşının on sekizin tamamlanması olduğunu belirtmiş, bu yaştan sonra kişilerin kendi eylemleriyle hak ve borçlar altına girebileceğini açıkça düzenlemiştir. Bununla birlikte, evlenmenin kişiyi ergin kılacağını da açıklamıştır. Kanun kendi içerisinde çelişki doludur. Şöyle ki öncelikle ergin olmayan bir kişinin rızasını geçerli saymakta, bazı durumlarda örneğin olağanüstü bir sebeple ana ve baba veya vasinin de rızasıyla kişilerin evlenmesine izin vermekte ve bundan sonra da kişiyi yani çocuğu ergin saymaktadır. Yani Medeni Kanun evlenme durumunda çocuğun rızasını geçerli saymakta ve fakat çocuğun bu rızayı verdiği sırada ergin olmadığını da kabul etmektedir. Medeni Kanun'un ilgili düzenlemeleri, Çocuk Koruma Kanunu'nun, "Daha erken yaşta ergin olsa bile on sekiz yaşını doldurmamış kişi çocuktur" hükmüyle de çelişmektedir.

Bugün için Medeni Kanun'un ilgili hükümlerinin savunulabilir hiçbir yanı yoktur. Kanunlar, mevcut hukuksuz durumları örtbas etmeyi amaçlamamalı, tam aksine hukuksuzlukların önüne geçmeyi ve insan hakları ihlallerini önlemeyi amaçlamalıdır. Türkiye'de çocuk gelin uygulamasının dünya üzerinde hatırı sayılır bir yoğunluğa sahip olduğu yukarıda belirtilmişti. Bugün için Türkiye'de 18-45 yaş arası beş kadından birinin çocuk gelin

uygulanmasına maruz bırakıldığı ve bu kadınların üçte birinin çocuk yaşta anne olduğu ve çocuk yaşta evlenen kadınların yarısının fiziksel şiddete maruz kaldığı belirtilmişti. Fakat TÜİK istatistikleri, çocuk gelin uygulamasının ülkemizde yıldan yıla azalan bir seyir içinde olduğunu göstermekteydi. Hal böyle iken, bu durumu tersine çevirmek için uygun yasal düzenlemeleri yapmak yerine halen çocuk yaşta evlenmelere yasal olarak izin vermek, ne insani bir bakış açısıyla, ne Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'yla ne de insan hakları alanındaki uluslararası düzenlemelerle bağdaşmamaktadır. Bu noktada acil bir yasal düzenleme ihtiyacı ortadadır.

III. ÇOCUK GELİN UYGULAMASI SEBEBİYLE İHLAL EDİLEN İNSAN HAKLARI

Çocuk gelin uygulaması, kız çocuklarının pek çok insan hakkının ihlaline sebep olabilmektedir. Çocuk yaşta evlendirme uygulamalarının kız çocuklarını erkek çocuklarına oranla daha fazla etkilediği yukarıda belirtilmişti. Bu noktada çocuk gelin uygulaması öncelikle, kız çocuklarının ayrımcılığa uğramama hakkını ihlal etmektedir.

Çocuk gelin uygulaması, kız çocuklarının şiddete uğrama riskini artırmakta ve bu sebeple de maddi ve manevi varlığın geliştirilmesi hakkına aykırı bulunmaktadır. Çocuk gelin uygulaması sebebiyle kız çocukları eğitim hakkından yoksun bırakılmaktadır. Çocuk gelin uygulaması, çocuk yaşta anne olmaya sebep olduğundan ve bu tür gebelikler sağlık açısından da risk oluşturduğundan çocukların sağlık hakkını da ihlal edebilmektedir. Çocuk gelin uygulamaları genellikle zorla evlendirme şeklinde gerçekleştirildiğinden düşünceyi açıklama özgürlüğünün de bir ihlali niteliğindedir. Çocuk gelin uygulaması, toplumun temel birimi olarak ailenin özgürce kurulması ilkesine de aykırılık teşkil etmekte ve eşler arasında eşitlik anlayışına ters düşmektedir.

Çocuk gelin uygulaması, çocuğun bedensel ve psikolojik gelişimini de etkilemekte, çocukların eğitim haklarını ellerinden alarak, ileride onların kendi yetenekleri doğrultusunda çalışma hayatına katılmalarının da önüne geçmekte ve çocuğun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlaksal ve toplumsal gelişmesini sağlayacak yeterli bir hayat seviyesine sahip olma hakkını ihlal etmektedir.

Çocuk gelin uygulaması her şeyden önce çocukların, çocukluklarını yaşama hakkını ihlal etmektedir. Bu kapsamda çocuğun dinlenme,

boş zaman değerlendirme, oynama ve yaşına uygun etkinliklerde bulunma ve kültürel ve sanatsal yaşama serbestçe katılma haklarını ellerinden almaktadır.

Çocuk gelin uygulamasına örneğin başlık parasının eşlik ettiği durumlarda ve tüm çocuk gelin uygulamalarında çocuklar ekonomik sömürüye ve cinsel sömürüye ve cinsel suistimale karşı korunma hakkından yoksun bırakılmaktadır.

Çocuk gelin uygulamaları aynı zamanda özel hayata saygı hakkının da bir ihlalidir ve çocuk gelinler bu anlamda özgürlüklerinden de yoksun bırakılmaktadırlar. Hukuken özgürlüğünden yoksun bırakılan her çocuk, kısa zamanda yasal ve uygun olan diğer yardımlardan yararlanma hakkına sahip olacağı gibi özgürlüğünden yoksun bırakılmasının yasaya aykırılığını bir mahkeme veya diğer yetkili, bağımsız ve tarafsız makam önünde iddia etme ve böylesi bir işlemle ilgili olarak ivedi karar verilmesini isteme hakkına da sahip olacaktır. Fakat uygulamada bu hakkın çocuk tarafından kullanılabilmesinin önünde fiili birçok engelin bulunduğu ve bu hakkını kullanmak isteyen bir çocuğun ya sözde namus adına eşi ya da aile üyeleri tarafından öldürüldüğü, ya da kendi ailesine teslim edilerek neticede yine zorla evlendirildiği kişiye geri döndürüldüğü ve bu durumda da aynı şiddete maruz bırakıldığı bilinmektedir. Yani çocuk gelin uygulaması bazı durumlarda çocuğun yaşama hakkını da ihlal etmektedir.

Çocuk gelin uygulaması başlı başına insan onuru ilkesine aykırılık teşkil etmektedir. İnsan onuru ilkesi ise tüm insan haklarının temeli olan ilke durumundadır. Her insanın, hiçbir ayırım gözetilmeksizin doğuştan değerli ve saygıya layık olması kuralına dayanmaktadır. Bu anlamda insan haklarının temeli olan insan onuru ilkesine aykırılık teşkil eden bu uygulama insan hakları anlayışına aykırı görünmektedir.

Çocuk gelin uygulamalarına savaş, silahlı çatışmalar gibi olağanüstü durumlarda da başvurulmaktadır. Savaş zamanlarında kadınların ve kız çocuklarının kazanan tarafça ganimet olarak değerlendirilip paylaşılması, tarihin eski devirlerinden bu yana uygulanmaktadır. Bunun yanı sıra, soykırım suçunun unsurlarından bir tanesi de gruba mensup çocukların zorla bir başka gruba nakledilmesidir. Failler bu yolla, gruba ait çocukların asimile edilerek grubun kısmen ya da tamamen ortadan

kaldırılmasını amaçlamaktadır. Kaçırılan kız çocukları, saldırganlarla evlenmeye ya da seks kölesi olmaya zorlanmaktadır²⁷. Savaş ve silahlı çatışmalarda kız çocuklarının kaçırılarak düşman askerlerince zorla evlerinde tutulmaları ya da evlenmeye zorlanmaları ve bu esnada şiddetin her türüne de maruz bırakılmaları, çoğunlukla etnik kökenli çatışmalarda meydana gelmekte ve düşman ırkın soyunu engelleme gerekçesiyle de uygulanmaktadır²⁸.

SONUÇ

Çocuk gelin uygulamasını sonlandırmak amacıyla pek çok uluslararası ve ulusal organ tarafından çalışmalar yürütülmekte ve uygulamanın zararları ile hukuksuzluğu gözler önüne serilmeye çalışılmaktadır. Toplumsal bir olgu olarak çocuk gelin uygulaması yalnızca uygulamaya maruz bırakılan çocuklar üzerinde değil, bir toplumun geleceği üzerinde pek çok yıkıcı hasara yol açmaktadır. Birleşmiş Milletler'in, diğer uluslararası organlar ile işbirliği içerisinde hazırlanmış olduğu Sürdürülebilir Kalkınma Hedefleri kapsamında, çocuk gelin uygulamasının 2030 yılında sonlandırılması amaçlanmaktadır. Böyle olmakla birlikte araya giren pandemi sebebiyle belirtilen süreden bir sapma olup olmayacağı da bilinmemektedir. Fakat, pandemi döneminde ve sonrasında çocuk gelin uygulaması mağdurlarının sayısında bir artış gözlemlenebileceği tahmin edilmektedir. Bunun sebebi pandemi döneminde koruma ve denetim imkanlarının kısıtlanması olarak belirtilebilir.

Çocukların suistimali, hemen her ülkede hukuk yoluyla yasaklanmış ve hatta suç olarak düzenlenmiş bir olgudur. Yine de ulusal mevzuatlar gözden geçirilerek, zararlı uygulamalara izin verir nitelikteki hükümlerin ayıklanması ve hukuk boşluklarının giderilmesi gereklidir. Mevzuatın düzenlenmesi kadar etkin bir şekilde uygulanması da önemlidir. Çoğu zaman, toplumsal kalıplara ve önyargılara dayanan bu tür uygulamaların ortadan kaldırılmasında hukukun rolü oldukça önemli olmakla birlikte,

²⁷ Topal, Ahmet Hamdi. *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2009, s. 152.

²⁸ Polat, Oğuz. "Hukuk ve Disiplinler Arası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Etkileri Açısından Risk Altındaki Çocuklar", Ed. Yenerer-Çakmut, Özlem / Yakuppur, Sendi / Yücel-Dericiler, Özge / Özer, Işık / Yıldırım, Ferhat, *Hukuk ve Disiplinler Arası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Eşitlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, s. 71.

toplumda bir bütün olarak anlayış değişikliğinin sağlanması açısından insan hakları eğitiminin her düzeyde verilmesi ve bu noktada kamu görevlilerinin eğitilmesi de elzemdir. Ayrıca medyanın da toplumsal hassasiyetler noktasında bilinçlendirilmesi ve özellikle kullanılan dil bakımından gerekli özenin gösterilmesi gereklidir.

Çocukların, çocukluklarını yaşama hakkı vardır. Ayrıca her insanın insanca, insan onuruna uygun bir şekilde yaşama hakkı vardır. Hiçbir çocuk, vakti gelmeden kadın olmaya ve öyle davranmaya zorlanmamalıdır. Mustafa Kemal ATATÜRK'ün belirttiği gibi “Çocuklar geleceğimizin güvencesi, yaşama sevincimizdir. Bugünün çocuğunu, yarının büyüğü olarak yetiştirmek hepimizin insanlık görevidir”.

KAYNAKÇA

- Arslan, Yusuf. “Çocuk Gelin Evliliklerinde Suçu Gizleme Yöntemleri Üzerine Bir Araştırma”, *Uluslararası Anadolu Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 2, S.2, 2018, ss. 4-17.
- Avrupa Konseyi. *Kadına Yönelik Şiddet ve Aile İçi Şiddetin Önlenmesi ve Bunlarla Mücadeleye Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi*, 2011, <https://rm.coe.int/1680462545>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).
- Balta Peltekoğlu, Filiz / Akbayır, Zuhâl. “Davranışsal İlgörü ve Halkla İlişkilerin Kesişim Noktası: Çocuk Gelin Sorununda Medyada Farkındalık ve Davranışsal Halkla İlişkiler”, *Erciyes İletişim Dergisi*, C. 6, S. 2, 2019, ss. 827-844.
- Birleşmiş Milletler. *Çocuk Hakları Sözleşmesi*, 1989, <https://www.unicef.org/turkey/%C3%A7ocuk-haklar%C4%B1na-dair-s%C3%B6zle%C5%9Fme>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).
- Birleşmiş Milletler. *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, 1966, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/EkonomikSosyalKulturelHaklarSozlesmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).
- Birleşmiş Milletler. *Kadınlara Karşı Her Türü Ayrımcılığın Önlenmesi Uluslararası Sözleşmesi*, 1979, <https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/08/03/KadınlarKarşıAyrımcılığınÖnlenmesiSözleşmesi.pdf>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).
- Birleşmiş Milletler. *Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi*, 1966, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

- Bükecik, Esra / Özkan, Birgül. “Kadına Yönelik Şiddet: Toplumsal Cinsiyet Eşitsizliğinin Kadın Sağlığına Etkisi”, *İzmir Kâtip Çelebi Üniversitesi Sağlık Bilimleri Fakültesi Dergisi*, C. 3, S. 2, 2018, ss. 33-37.
- Çetin, Merve. “Toplumsal Bir Gerçeklik Olarak Çocuk Gelinler”, *Toplum ve Kültür Araştırmaları Dergisi*, S. 5, 2020, ss. 107-122.
- Çocuk Koruma Kanunu,
<https://www.mevzuat.gov.tr/mevzuatmetin/1.5.5395.pdf>,
(Erişim Tarihi: 02.06.2022).
- Duman, Nesrin / Coşkun, Büşra Nur. “Çocuk Yaşta Evlilik ya da Çocuk Gelin Olgusuna Psikososyal Bir Bakış”, *Uluslararası Bilimsel Araştırmalar Dergisi*, C. 4, S. 2, Yaz 2019, ss. 267-276.
- Ergöçmen, A. Banu / Keskin, Faruk / Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur. *Child, Early and Forced Marriage in Turkey Data Analysis of Turkey Demographic and Health Surveys 1993-2018*, UNFPA Turkey Yayını, Ankara, 2020.
- Polat, Oğuz. “Hukuk ve Disiplinler Arası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Etkileri Açısından Risk Altındaki Çocuklar”, Ed. Yenerer-Çakmut, Özlem / Yakuppur, Sendi / Yücel-Dericiler, Özge / Özer, Işık / Yıldırım, Ferhat, *Hukuk ve Disiplinler Arası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Eşitlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, ss. 55-80.
- Reva, Zeynep. “Şiddet ve Toplumsal Eşitlik Perspektifinden Kız Çocuklarının Küçük Yaşta Evlendirilmesi”, Ed. Yenerer-Çakmut, Özlem / Yakuppur, Sendi / Yücel-Dericiler, Özge / Özer, Işık / Yıldırım, Ferhat, *Hukuk ve Disiplinler Arası Yaklaşımla Şiddet ve Toplumsal Eşitlik*, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2022, ss. 257-276.
- Topal, Ahmet Hamdi. *Uluslararası Ceza Yargılamalarında Cinsel Suçlar*, On iki Levha Yayınları, İstanbul, 2009.
- TÜİK. *Dünya Nüfus Günü 2020*,
<https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Dunya-Nufus-Gunu-2020-33707>, (Erişim Tarihi: 01.04.2022).
- TÜİK. *Türkiye Aile Yapısı Araştırması 2021*,
[https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye -Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813&dil=1](https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Turkiye-Aile-Yapisi-Arastirmasi-2021-45813&dil=1), (Erişim Tarihi: 01.04.2022).
- Türkiye Büyük Millet Meclisi Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu. *Erken Yaşta Evlilikler Hakkında Komisyon Raporu*, Mayıs 2010,
<https://acikerisim.tbmm.gov.tr/xmlui/handle/11543/2088>,
(Erişim Tarihi: 02.06.2022), ss. 1-52.
- UNFPA. *The last 25 years of child marriages in Turkey*,
<https://turkey.unfpa.org/en/news/last-25-years-child-marriages-turkey#:~:text=One%20in%20every%20five%20children>,

this%20harmful%20practice%20is%20common., (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

UNICEF. *Child Marriage*, <https://www.unicef.org/protection/child-marriage>, (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, *Universal Declaration of Human Rights*, <https://www.ohchr.org/en/human-rights/universal-declaration/translations/turkish-turkce>, (Erişim Tarihi: 04.04.2022).

United Nations Women. *Frequently asked questions: Types of violence against women and girls*, (Erişim Tarihi: 30.03.2022).

Uyar, Lema. *Birleşmiş Milletler'de İnsan Hakları Yorumları*, İstanbul Bilgi Üniversitesi Yayınları, İstanbul, 2006.

Yüksel, Hasan / Yüksel, Mesude. "Çocuk İhmali ve İstismarı Bağlamında Türkiye'de Çocuk Gelinler Gerçeği", *Çankırı Karatekin Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Dergisi*, C. 5, S. 2, 2014, ss. 1-24.

Yüksel-Kaptanoğlu, İlknur / Ergöçmen, Banu. "Çocuk Gelin Olmaya Giden Yol", *Sosyoloji Araştırmaları Dergisi*, C. 15, S. 2, Güz 2012, ss. 128-161.

HANS KELSEN DÜŞÜNÇESİNDE DEMOKRASİ TEORİSİ ve HUKUKLA İLİŞKİSİ

*Rıdvan DEĞİRMENCİ**

Öz

Kelsen'in saf hukuk kuramı, hukuku değerlerden hareketle açıklayan doğal hukuk kuramına karşı çıkmaktadır. Hukukun bir bilim olarak kavranabilmesi için değerlerin hukuk teorisinin dışında bırakılması gerektiği görüşündedir. Bununla birlikte, analitik hukuki pozitivistizmin hukuku egemenin iradesinden kaynaklanan emir olarak açıklamasını da kabul etmez. Ona göre hukuk ancak kendi normatif sistemi içerisinde açıklanabilirse bilim hüviyetini kazanabilir. Bu düşünceden hareketle hukukun normlarını birbirine kaynaklık edecek şekilde açıklar. Normun kaynağı bir irade değildir, normun bir değeri koruması yahut korumaması onun geçerliliğini etkilemez. Bu sebeple, saf hukuk kuramı, bir devletin demokratik veya otoriter olup olmadığını göz ardı ederek, hukuk sistemini ve onun normatif alanını normlar hiyerarşisi perspektifiyle değerlendirir. Bir norm, kendisine kaynaklık eden norma uygunsuzsa geçerlidir. Üst norma aykırı ise normun bu aykırılığı yetkili organlarca tespit edilene dek geçerliliğini korumaktadır. Bu açıklama normativist pozitivistizme getirilen eleştirilerin temel sebebini oluşturur. Kelsen, meşruiyet kavramını teorisinin dışına çıkararak saf bir hukuk kuramı oluşturmuştur. Kelsen, saf hukuk kuramında, saf olanın hukuk değil onun kuramı olduğunu ayrıca belirtmiştir. Kelsen, hukukun, siyasetten, tarihten, sosyolojiden etkilendiğinin farkındadır. Dolayısıyla, Kelsen'in siyasal olan dair bakışı hukuka bakışında olduğu gibi tarafsız ve değerlerden uzak bir çizgide değildir. Kelsen'in saf hukuk kuramı incelenirken onun demokrasiye olan bağlılığı göz ardı edilmemelidir. Hukuku bilimselleştirme çabası ile ortaya koyduğu saf hukuk kuramı, anti demokratik rejimlerde var olan hukuk sistemlerini de açıklar. Bununla birlikte, Kelsen zamanın ruhunu özümsemiş bir teorisyen olarak demokrasinin kurumsallaşmasına dair teorik çalışmalar yapmıştır. Schmitt'in egemeni hukuk dışında tanımlama çabasına karşı çıkan Kelsen, devleti hukukilikle kavramış hukukun dışında ve üzerinde bir egemen/devlet/iktidar kavramının var olamayacağını belirtmiştir. Diğer

* Dr. Öğr. Üyesi, Ankara Sosyal Bilimler Üniversitesi, ridvan.degirmenci@asbu.edu.tr., ORCID: 0000-0002-8408-1033.

tarafından Kelsen Birinci Dünya Savaşı sonrası Sovyet Rusya'da sosyalist hareketlerin, İtalya'da ve Almanya'da ise faşizmin yükselişinin demokrasi ideasını zayıflatacağını öngörmüştür. Bu dönemde, kaleme aldığı eserlerinde demokrasinin değerini vurgulamış ve kurumsal yapısına katkı sağlayacak öneriler getirmiştir. Demokratik rejimin meşruiyeti, temsil, siyasi partiler, çoğunluk ve azınlık ilişkileri gibi konu başlıkları Kelsen'in değerlendirmelerinin odağındadır. Faşizm tehdidi geçtikten sonra demokrasi teorisini farklı boyutlarıyla incelemeyi sürdürmüştür.

Anahtar Kelimeler: Hans Kelsen, saf hukuk kuramı, demokrasi teorisi, meşruiyet, geçerlilik.

HANS KELSEN'S DEMOCRACY THEORY AND ITS RELATION WITH LAW

Abstract

Hans Kelsen's pure theory of law is against the natural law theory which explain the law according to values. He thinks that the values should be excluded from law theory because of understanding law as a science. Besides, he doesn't approve analytical legal positivism's explanation of law as an order arising from will of the sovereign. According to him, law obtains scientific qualification only if law can be clarified its own normative system. Based on this thought, he elucidate the norms of law in a way that they are sources to each other. The source of law is not a will, whether the norm protects a value or not doesn't affect its validity. Therefore, the pure theory of law evaluates a law system and its normatif field from the perscoective of the hyrearch of norms, ignoring whether a state is democratic or authoritarian. A norm is valid if it appropriates to the upper norm which it originates. If it is inappropriate, it is valid until the compotent legal authorities determines the voidness. This explanation is the main reason of crticism of normativist positivism. Kelsen, constitutes the pure theory of law by taking the legitimacy out of his theory. Kelsen also stated that in pure legal theory, what is pure is not the law but its theory. Kelsen is aware of that law is influenced history, policy and sociology. Therefore, Kelsen's view of political is not neutral and far from values as his understanding of law. While examining Kelsen's pure theory of law, his commitment to democracy should not be overlooked. The pure legal theory, which he put forward with an effort to scientificize the law, also explains the legal systems that exist in anti-democratic regimes. However, Kelsen, as a theorist who assimilated the spirit of the time, made theoretical studies on the institutionalization of democracy. Kelsen, who opposed Schmitt's attempt to define the sovereign outside the law, comprehended the state with legality and stated that the concept of sovereign/state/power cannot exist outside and above the law.

However, Kelsen predicted that after WWI socialist movements in Russia, the rise of fascism in Italy and Germany would weaken idea of democracy. During this period, he emphasized the value of democracy in his works and made suggestions that would , contribute to its institutional structure. The subjects such as the legitimacy of the democratic regime, representation, political parties, majority and minority relations are at the center of Kelsen's assessments. After the threat of fascism passed, he continued to examine the theory of democracy with different dimensions.

Keywords: Hans Kelsen, the pure theory of law, the theory of democracy, legitimacy, validity.

GİRİŞ

İngiliz Devrimi, Fransız Devrimi ve Amerikan Birleşik Devletlerinin kurulması ile demokrasi, parlamentoya temsilci seçmek, bunun yanında başkanın halk tarafından seçilmesi biçiminde yeniden insanlığın tecrübe sahasına girdi. Antik Yunan'da olduğu gibi, 19'uncu yüzyıl düşünürleri de demokrasi teorisinin dinamiklerini sorguladı. Bununla birlikte liberal ekonominin güçlenmesi, anayasacılık hareketleri ile birlikte parlamentonun fiili olarak işlerliği devam etti ve küresel çapta yaygınlaştı.

Birinci Dünya Savaşı sonrası dünyanın karşı karşıya kaldığı yıkım, düşünce dünyasında bir dekadans yarattı. Özellikle siyasi olanın belirlenmesine dair yönetim usullerinde Avrupa çapında yaşanan çalkantılar demokrasi teorisine dair sorgulamaları derinleştirdi. Weber'in plebisiter demokrasi önerisi ile parlamenter demokrasinin parçalı yapısını aşmaya çalışması bu sorgulamalara dair önemli bir örnektir¹.

1917 Ekim Devrimi ile birlikte Rusya'da başlayan sosyalist rejim, Avrupa düşüncesinde mesleki temsilin öncelenmesine dair beklentileri artırmıştır. Demokrasinin partiler üzerinden değil meslek örgütleri üzerinden örgütlenmesi fikri güçlenmiştir². Mesleki temsilin sendikalar aracılığıyla gerçekleştirilebileceğine dair görüşler dile getirilmiştir.

Savaş döneminde parlamentoların işlerliğinin azalması, parlamenter demokrasinin ulusal birliği sağlamada yetersiz kalması otoriter rejimlerin güçlenmesine sebep olmuştur. Demokrasinin temsili demokrasi şeklinde örgütlenmesine dair getirilen eleştiriler, parlamenter demokrasinin işleyişinde reformların gerekliliğini ortaya koymuştur.

Demokrasiye dair getirilen köklü eleştirilerin bir diğeri Carl Schmitt'in "Parlamenter Demokrasinin Krizi" adlı eseridir. Schmitt eserinde belirttiği üzere temsili demokrasinin pek çok aksaklığı siyasi literatürde dile getirilmekteydi. Hükümetlerin acemilerden

¹ Eliaeson, Sven, "Max Weber and Plebiscitary Democracy", *Max Weber, Democracy And Modernization* (Ed. Ralph Schroeder), s. 47. Ayrıca bkz. Zeybekoğlu, Sezai, *Max Weber'in Plebisiter Lider Demokrasisi Anlayışı Üzerine Bir İnceleme*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2020, s. 88-91.

² Schmitt, Carl, *Parlamenter Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, 2014, Ankara, s. 10-11.

oluşması, temsilci ile seçmenler arasındaki bağın kopması, parti içi hizipçiliğin sebep olduğu tartışmalar yanı sıra aydınların kitlelerin ayarılmasından duyduğu korkunun demokrasiye dair getirilen eleştirilerin başında yer aldığını belirtir³.

Schmitt, parlamenter demokrasinin krizinin ahlaki bir pathosla yüklü liberal bireycilikle siyasi ideallerin tahakkümü altında olan demokratik devlet arasındaki zıtlıktan doğduğunu ileri sürmektedir. Düşünüğe göre bu zıtlık sebebiyle parlamenter demokrasinin krizi geçmişten miras olarak gelmiş ve bugünden geleceğe miras olarak kalacaktır. Esasında mesele kökene inildiğinde liberal birey bilinci ile demokratik türdeşlik arasındaki tezattır⁴.

Kelsen, dönemindeki demokrasi eleştirilerine karşın demokratik rejimi rasyonel zeminde izah için bir eser kaleme almıştır. Kelsen'in Demokrasi, Mahiyeti, Değeri adlı eseri ilk olarak 1919 yılında Viyana Hukuk Topluluğu dergisinde yayınlandı. Bir yıl sonra hiçbir değişiklik yapılmadan müstakil bir eser olarak tekrar basıldı. Kelsen demokrasi teorisinin radikal gruplarca tehdit edildiğini belirtmektedir. Özellikle 1917 Rus Devrimi ve bu devrimden ilham alarak Almanya ve Avusturya'da örgütlenen İşçi ve Asker Konseyleri'nin demokrasi tehdidinin arttığını görmektedir⁵.

Kelsen'in demokrasi teorisi hem yaşadığı dönemde var olan Sovyet Devrimi, sonrasında İtalyan Faşizminin yükselmesi hem de döneminde demokrasi ve parlamentarizm karşıtı düşünürlerin iddialarına karşı bir savunma niteliğindedir. Eserin girişinde 1789 ve 1848 devrimlerinin ardından 19'uncu yüzyıl siyaset düşüncesinde demokrasi kavramının siyasi düşüncenin kalbine yerleştiğine dikkat çeker. Demokrasinin vazgeçilmez konumu, onun mitleştirilmesinden ve sloganlaştırılmasından kaynaklanmaktadır. Her probleme çare olabileceği düşünülen demokratik rejimin parolaların kaderini paylaşır şekilde anlamını yitirmesine sebep olmuştur. Nitekim Birinci Dünya Savaşı ile birlikte insanlık tecrübesi demokrasiye olan inancını da kaybetmiştir. O gün için var olan sol veya sağ parti diktatörlüğünün

³ Schmitt, s. 11.

⁴ Schmitt, s. 35-36.

⁵ Lagi, Sara, *Democracy and Its Essence: Hans Kelsen as a Political Thinker*, Lexington Books, London, 2021, s. 25.

her ikisinin de demokrasi sorunu üzerine yeniden düşünülmesi gerektiğini ifade eder⁶.

KELSEN'İN DEMOKRASİ TEORİSİ

Kelsen'in Hukuk Teorisi ve Demokrasi Teorisi İlişkisi

Hans Kelsen, uzun ömründe hukukun teorik alanlarına dair verdiği pek çok eserle 20'nci yüzyılın en önemli hukuk düşünürlerinden birisidir. Kelsen'in "Saf Hukuk Kuramı" adlı eseri hukuku bilimselleştirme saiki ile kaleme alınmıştır. Kelsen'in olgunluk döneminde hukuka dair teorik bakışını sistematik olarak izahını içermektedir. Saf hukuk kuramı, hukuku bir bilim olarak inceleme amacındadır. Hukukun değerlerden etkilendiğinin farkındadır. Bu sebeple eserin başlarında saf olanın hukuk değil hukuk kuramı olduğu belirtilir⁷.

Kelsen pozitivist bir hukuk teorisyeni olarak hukuka dair düşüncelerini rasyonel perspektiften temellendirse de esasında "grundnormu" çalışmasının temeline koyması, teorisinde metafizik birtakım öğelerin var olduğuna dair tartışmaları beraberinde getirmektedir. Devlet ve hukuk birliğini savunduğundan, Kelsen'in hukuk teorisi ile devlet teorisini birbirinden ayırmak mümkün görünmemektedir.

Kelsen'in saf hukuk kuramında, normlar birbirlerine kaynaklık eder. Bu sebeple yönetim şekli hukukun açıklanması bakımından önem teşkil etmez. Doğal hukukçu yaklaşımlarda yahut kuvvetler ayrılığı teorisini özümseyen hukuk teorilerinde hukukun meşru olabilmesi için devletin birtakım ana ilkeler etrafında örgütlenmesi ve bireylerin temel haklarının koruma altına alınması gerekmektedir. Oysa Kelsen'in saf hukuk kuramı, tüm bu unsurları teoriye dahil etmemiştir. Kelsen normlar hiyerarşisi kapsamında geçerlilik ve etkililik kavramlarıyla hukuku temellendirmektedir.

⁶ Kelsen, Hans, *Demokrasi: Doğası ve Değeri*, (Çev. Yasin Uysal), Dost Kitabevi, Ankara, 2019, s. 9-10. Diğer çeviri için bkz. Kelsen, Hans, *Demokrasi: Mahiyeti Kıymeti*, (Çev. Prof. Dr. E. Memencioğlu) Devlet Basımevi, İstanbul, 1938.

⁷ "Kuram olarak Saf Hukuk Kuramı, sadece ve sadece inceleme konusunu, yani nesnesini bilmeyi amaçlar. Hukukun ne olduğu ve nasıl yapıldığı sorularına cevap vermeye çalışır, hukukun ne olması gerektiği veya nasıl yapılması gerektiği sorularına değil. Saf Hukuk Kuramı hukuk bilimidir, hukuk politikası değil." Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016, s. 2. Ayrıca bkz. Değirmenci, Rıdvan, *Meşruiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kuramı*, Astana Yayınları, 2021, s. 70. Akal, Cemal Bali, *Hukuk Nedir*, Dost Kitabevi, Ankara, 2017, s. 128.

Hukukun bilimselliğinin sağlanabilmesi için sosyolojik, psikolojik, dini ve metafizik tüm geçerlilik kriterlerini teorisinin dışında bırakmaktadır.

Hukuk teorisinde akılcı bir yol izleyen Kelsen, yirminci yüzyılda yaşamış bir Avusturyalı entelektüel olarak demokratik rejimin krizinde önemli akademik ve yargısal görevler üstlenmiştir. Demokrasi tartışmalarının yoğun olduğu bir zaman diliminde yapılan tartışmalara kayıtsız kalmamış ve “Demokrasi, Mahiyeti-Kıymeti” adlı bir eser kaleme almıştır.

Demokrasi bahsinde Kelsen esas olarak Rousseau’ya yakın bir çizgide durmaktadır. Rousseau’nun egemenliğin temsil edilemeyeceğine dair tezini reddetmekle birlikte, meşru hükümetin normatif temelini oy vermeyle sınırlı olsa da halk egemenliği olarak çerçevelenen siyasi özgürlükte olduğu yönünde onunla hem fikirdir⁸. Öncelikle Kelsen demokratik yönetimlerde dahi hürriyetin tam olarak gerçekleşemeyeceğini ifade eder. İnsanın insana buyruğu her yönetim sisteminde olduğu gibi demokrasilerde var olmaya devam etmektedir⁹. Ancak demokrat rejimlerde iki kavram ortaya çıkarak hürriyet fikrinin daha fazla yer bulmasını sağlar. Bu kavramlardan ilki “vatandaştır”. Demokrasilerde vatandaş, cemiyetin bir ferdi olmaktan başka iradesini oy vasıtasıyla hiçbir etki altında kalmaksızın ortaya koyar ve böylece devletin bir üyesi olur. İkinci kavram ise “devlettir”. Devlet iktidar tekeli elinde tutarak bireyin bir başka birey üzerindeki tahakkümüne son verir¹⁰.

Kelsen’in saf hukuk kuramı ile ortaya koyduğu özgün fikirleri, hukuk teorisine dair çalışmaların yoğunlaşmasına sebep olmuştur. Bununla birlikte, Kelsen, çok yönlü bir düşünür olması sebebiyle demokrasi teorisi ve devlet teorileri üzerine verdiği eserler

⁸ Chwaszcza, Christine, “Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights,” Kelsenian Legal Science and the Nature of Law (Ed. Peter Langford, Ian Bryan, John McGarry), Springer, 2017, s. 198. Rousseau günümüz demokratları açısından pek muteber olmasa da 19. yüzyıl sonu ve 20. yüzyıl başında yaşayan düşünürleri derinden etkilemiştir..

⁹ Özgürlük fikri, esas olarak tam anlamıyla negatif bir değere sahiptir. Bu durum ise herhangi bir sınırın yahut buyurgan bir otoritenin olmayışı demektir. Ancak toplum emirlerden ibarettir ve emirler sınırlamalar ihtiva eder. Devlet, bireylerin belirli davranışlarla yükümlendirildiği bir sosyal düzendir. Orijinal haliyle özgürlük, bir kişinin devlet ve toplum dışında yaşaması halinde mümkündür.” Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, (Çev. Anders Wedberg) Harvard University Press, 1949, s. 284.

¹⁰ Kelsen, 2019, s. 17-18.

dönemindeki tartışmaları önemli ölçüde etkilemiştir. Özellikle saf hukuk kuramının değerleri korumaması ve normun alternatif karakteri kuramı ile anti demokratik rejimlerin hukuk olarak kabul edilmesine sebep olacağı yönündeki eleştirilere karşın Kelsen demokrasiye ve özgürlüklere bağlı bir düşünürdür¹¹. Bununla birlikte Kelsen'in hukuk teorisine dair eserleri demokrasi teorisine dair görüşlerine nazaran çok daha fazla incelemeye konu olmuştur. Baume'nin ifade ettiği üzere, Kelsen'in demokrasi teorisi hem Almanca konuşulan ülkelerde hem de diğer ülkelerde Kelsen üzerine çalışan akademisyenlerin pek fazla ilgisini çekmemiştir¹².

Kelsen'in hukuk teorisinde devleti konumlandığı yer demokrasi teorisine dair izahatının anlaşılması için önemlidir. 19'uncu yüzyıldan 20'nci yüzyılın başına kadar, pozitivist hukuk teorisinin ve Rousseau'nun çoğunlukçu demokrasi kuramının etkisiyle hukuk, devletin iradesi olarak kabul edilmekteydi. Parlamento bu iradenin bir organıydı. Parlamento seçimi devlet karar alıcılığının meşrulaştırma biçimiydi.¹³ Güç kullanımı kişisellikten çıkarılmış, kurumsallaşmış ve objektif yasalara bağlanmışsa olsa da¹⁴; hukuk ve devletin ayrı iki kavram olarak telakki edilmesi, devletin hukukun dışında eylem ve söylem geliştirebilmesine imkan sağlamıştır¹⁵.

Kelsen, devletin hukuktan ayrı bir yapı olduğunu kabul etmez. Devleti kişiselleştirilmiş temellendirmelerden ayırarak farklı bir bakış açısı getirmiştir. Kelsen'in teorisi ile Devlet hukuki olanı iradesi ile belirleyen konumdan çıkmıştır¹⁶. Parlamento devletin bir organı değildir, devlet hukuki prosedürün ana aktörü değildir. Devlete hukuken tanınan rolün siyasi içeriği, toplumun bir organı olan yasama organınca belirlenmektedir.

¹¹ Turhan, Mehmet, "Han Kelsen'e Göre Anayasaya Aykırı Yasa", *HFSA* 27, 2016, s. 400.

¹² Baume, Sandrine, *Hans Kelsen and the Case for Democracy*, University of Essex, Colchester, 2012, s. xi. Ayrıca bkz. Turhan, Mehmet, "Hans Kelsen'e Göre Adalet", *HFSA* 28, 2019, s. 353. Vinx, Lars, *The Guardian of The Constitution, Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press, 2015, s. 21.

¹³ Lagi, s. 20.

¹⁴ Beriş, Hamit Emrah, "Modern Devletin Hukuk Döngüsü: Egemenlik, Parlamento Ve Yasa", *Muhafazakar Düşünce*, Sayı 58, s. 47.

¹⁵ Erdoğan, Mustafa ""Hikmet-i Hükümet"ten Hukuk Devletine Yol Var mı?", *Doğu Batı Dergisi*, Sayı 13.

¹⁶ Değirmenci, s. 123 v.d.

Toplumun canlılığı ve çoğunluğundan gelen nüfuzun devlet içerisinde yer almasını sağlayan parlamento özel kurallara göre hukukun siyasi içeriğini belirlemektedir.¹⁷ Kelsen, döneminde toplumu tekçi, monist bir bütün olarak açıklayan görüşlere karşı toplumun kompleks, çok katmanlı ve çoğulcu bir gerçeklik olduğunu kabul eder¹⁸. Demokrasi herkesin siyasi iradesini eşit sayar, tüm inançlara tüm kanaatlere saygı duyar, serbest bir rekabet ortamı sunar. Azınlığın sesinin duyulmasına ve bir gün yönetime gelmesine imkan tanır¹⁹.

Kelsen demokrasiyi ideal ve reel olarak ikiye ayırır. İdeal tipin Rousseau'nun teorikleştirdiği üzere doğrudan demokrasi olduğunu belirtir. Rousseau'nun teorisinde yöneten ve yönetilen arasındaki ayrım keskindir ve temsili demokrasi eleştirilmektedir²⁰. Özenç'in ifade ettiği üzere, Kelsen demokrasiye Rousseau'dan farklı olarak bireysel özerkliği ve parlamentoda azınlıkta kalan grubu koruma amacıyla yaklaşmaktadır. Bu sayede demokrasinin modern devlette nasıl kurumsallaşabileceği noktasında hem parlamento reformunu dile getirmektedir hem de anayasa yargısına demokratik rejimlerde önemli görevler yüklemektedir²¹.

Kelsen, demokrasi teorisini açıklamaya özgürlük kavramını ve görünümünü tartışmakla başlar. Parlamentoyu özgürlüğün görünüm biçimi olarak tanımlar. Parlamentarizmin bir krizin eşliğinde olduğunu görmektedir. Parlamentarizmin özü yönetsel devlet iradesinin genel ve eşit seçim esasına dayanılarak halk tarafından seçilmiş ve kararlarını çoğunlukla alan yasama organı tarafından oluşturulmasıdır. Rousseau'nun çekincesini paylaşarak şu soruyu dile getirmektedir: Peki gerçekte temsilciler aracılığı ile kullanılan özgürlük gerçek özgürlük müdür? Kelsen'e göre bu durum parlamentarizmin asla yerine getiremeyeceği bir vaattir. Parlametionun sağlayacağı şey toplumsal kolektivedir. Antropolojik olarak da ne kadar az gelişmiş olursa olsun tüm

¹⁷ Lagi, s. 21.

¹⁸ Lagi, s. 21.

¹⁹ Kelsen, 2019, s. 58.

²⁰ Lagi, s. 26-27.

²¹ Özenç, Berke, *Anayasa'nın Koruyucusu Kim Olmalı: Kelsen ve Schmitt'in Demokrasi ve Anayasa Yargısı Tartışması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, s. 33.

toplumlarda parlamentoya benzer bir kurumun var olması toplumsal bütünlerin yasasının bir sonucudur²².

Parlamentonun gerekliliğini devletin yasalarına uyma davranışının kökeninde aramaktadır. Devlet tarafından oluşturulan zorunluluk (sollen), bir devletin iradesinin (wollen) tezahürüdür. İlkel toplumlarda genel iradenin oluşturduğu zorunluluk bir anlamda dini bir karakter taşıdığından uyma davranışı gösterme oranı yüksektir. Modern devlette genel iradenin oluşturduğu norma uyumun artırılması için parlamento bir zorunluluktur²³. O halde sorulması gereken soru parlamentonun yetkileri ve mahiyetinin ne olacağıdır²⁴.

Kelsen'in özgürlük anlayışı ile Spinoza arasında bir bağ kurulabilir. Akal, Spinoza ve Kelsen'i bir araya getiren şeyin tabii hukuk eğilimli geleneksel felsefeden kopan idealizm karşıtı yaklaşım olduğunu tespit eder²⁵. Kelsen, kişinin devlet yönetimine katılmakla kendi iradesi ile konulan yasaya uymakla özgürlüğünü koruyacağı düşüncesindedir. Spinoza ise demokrasiyi gücü altındaki her şeye ilişkin üstün hakka toplu olarak sahip, evrensel insan birliği olarak tanımlar²⁶. Demokratik rejimde üstün gücün yasayla bağlı olmadığını, herkesin ona itaatle yükümlü olduğunu belirten düşünür, siyasi birliğin devamının sağlanması rasyonel olarak temellendirmektedir. Demokratik rejim, kendi devamını sağlama amacına matuf olarak hareket edeceğinden ortak yararı gözetme kastıyla verecekleri kararlar saçmalık seviyesinde olmayacaktır²⁷. Spinoza da barış içinde yaşamak için insanların devlete kendi kararına göre yaşama hakkını devrettiğini kabul etmesine karşın, akıl yürütme ve yargılama hakkını kendi uhdesinde bulundurmaktadır, bu sebeple düşünce ve ifade özgürlüğünün devlet tarafından sınırlanamaz²⁸.

²² Kelsen, 2019, s. 38.

²³ Bu duruma örnek olarak Lenin'in telkinleri ile parlamenterizmi aşma iddiasında olan Bolşeviklerin ondan vazgeçemeyişini göstermektedir. Kelsen, 2019, s. 39.

²⁴ Kelsen, 2019, s. 39.

²⁵ Akal, Cemal Bali, "Grundnormun Yolları Sonsuzdur", Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Yıl 2014, Cilt 2, Sayı 2, s. 22.

²⁶ Spinoza, *Teolojik Politik İnceleme*, (Çev. Reyda Ergün, Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, 2016, s.235.

²⁷ Spinoza, a.g.e., s. 235.

²⁸ Spinoza, a.g.e., s. 285.

Kelsen, Spinoza'nın temellendirmesine benzer şekilde, demokrasiyi ideolojik savunmalara kapılmadan akılcı bir yöntemle açıklamaktadır²⁹. Demokrasinin içerisinde göreceliliği barındırması gerektiği, mutlak rejimlere karşı parlamentonun işlerliğini güçlendirmesi, anayasa yargısına demokratik sistemin ilerleyişini ve çoğunluğa karşı azınlığı koruma görevi yüklemesi demokratik rejimin en önemli öğeleri olarak ifade edilebilir.

Kelsen'in Demokrasi Teorisinde Parlamento

Kelsen ideal demokrasinin günümüzde uygulanamayacağını kabul eder. Zira temsili demokrasi söz konusudur ve yöneten ile yönetilen arasındaki ayırım artık net değildir. 1925'te demokrasinin sosyolojisine dair bir eser yayımlayarak döneminde yükselen tartışmalara cevap vermeyi sürdürür. Özellikle Marks'ın sınıf çatışması teorisinin ancak demokrasi içerisinde barışçıl yollarla çözülebileceğini, proletarya diktatörlüğünde barışçıl bir toplum düzeninin sağlanamayacağı görüşündedir. Zira sadece demokraside çoğunluk ve azınlığın karşılıklı çekişmesi barışçıl yollarla sürdürülebilir³⁰.

Kelsen'in demokrasi teorisine dair çalışmaları devam ederken 1929 mali krizinin etkisiyle aynı yıl Avusturya'da bir anayasa değişikliği yapıldı. Bu değişiklikte güç dengesinde yürütme gücü yasama gücünün üstünde konumlandı ve Avusturya otokratik bir yapıya büründü. Bu dönemde temsili demokrasiyi ve parti sistemini etkili olmayan ve günlük sorunları çözmekte yetersiz olduğuyla itham eden düşünürler mevcuttu. Mali istikrarsızlığın devlet- halk bütünlüğünün önünde bir engel olarak görülüyordu³¹.

Kelsen tartışmaların odağında olan demokrasiyi savunmayı sürdürür. İdeal demokrasi tipinde halk mükemmel birlik olarak (perfect unity) görülür. Gerçekte ise halk, dini, etnik, ekonomik pek çok ayrımı içinde barındırmaktadır. Halk arasında gerçek birliği sağlayacak olan aynı hukuki düzenin yani devletin parçaları olmalarını sağlamaktır. Peki halkı Devletin bir parçası yapmayı

²⁹ Baume, a.g.e., s. 51.

³⁰ Lagi, s. 34.

³¹ Lagi, a.g.e., s. 35.

sağlayacak araç nedir³²? İşte demokratik yönetim, halkın norm yapma faaliyetine katılımını sağlayarak devlet ve halkı birleştirmekte, halkı özgürleştirmektedir.

Kelsen, halkın çoğulcu kimliğinin gerçek demokrasinin inşa edilmesindeki rolünü tartışmaktadır. Kelsen, Rousseau'nun siyasi partiler dahil tüm çıkar gruplarının örgütlenmesiyle halkın genel iradenin oluşumuna katkı sunmasının önünde engel teşkil edeceği yönündeki görüşüne katılmaz³³. Özenç'e göre bu karşı çıkışın sebebi toplumun karmaşık yapısının parlamentoda temsiline verdiği önemle birlikte halkın kendi kaderini tayin hakkını koruyacak bir yöntem arayışında olmasıdır³⁴.

Lagi, Kelsen'in reel demokraside parlamento savunusunu memleketi içerisinde yükselen radikal gruplar ve faşist grupların yükselişine karşı bir argüman olduğunu tespit eder. Radikal gruplar parlamentere temsilin yerine korporatist temsili koymaya çalışır. Kelsen ise bunun ancak korporatist yapıların toplumun genel çıkarları üzerine inşa edildiğinde işlerlik kazanabileceğini, ancak bu durumun mümkün olmadığını, bu yapıların çıkar çatışmaları derinleştireceği yönünde kaygısını dile getirir³⁵.

Parlamente demokrasi çoğunluk azınlığa tahakkümü olmaksızın ikisinin bir arada var olabildiği rejimdir³⁶. 20. yüzyılın diğer filozofları gibi aydınlanma sonrası devlet anlayışına ve devlet kurumlarına sorgulayıcı bir tavır ile bakmaktadır. Ancak bu sorgulama Carl Schmitt'in benzeri bir yıkıcı eleştiriye veya çağın birçok filozofunda görülen umutsuzluğa yol açmamaktadır³⁷. Kelsen demokrasiye ve onun işlerliğine saygı duymakta, demokratik kurumlarda bir ıslahat gerçekleştirme amacını taşımaktadır. Kelsen parlamento yalnızca insanların genel iradesinin temsilcisi olarak görmemektedir. Parlamento aynı zamanda devletin yasa koyucu fonksiyonunu temsil etmektedir ve bu fonksiyonunu hukukî kurgu olarak halkın temsiline

³² Lagi, s. 35.

³³ Özenç, a.g.e., s. 38.

³⁴ Özenç, a.g.e., s. 38.

³⁵ Lagi, s. 39.

³⁶ Lagi, s. 40-41.

³⁷ Schmitt, parlamento fikrini demokrasi ile bağdaşık görmez ve demokrasinin parlamento ile kaim olabilceği inancında değildir. Schmitt, 2017, s. 49.

dayandırmaktadır. Böylece parlamentonun “halkın ortak iradesi” olma ideali pratikte devletin yasa koyma yetkisinin yetkilendirilmiş bir formu ile yer değiştirmektedir³⁸. Parlamentonun devletin bir unsuru olmaktan çıkarılamayacağını peşinen kabul eder³⁹. Kelsen parlamentonun ıslahının ancak demokratikleşmeyi gerçekleştirmekle mümkün hale gelebileceğini ifade eder⁴⁰.

Öncelikle yasama faaliyetlerinde “referandum” ve “halk girişimi” yollarının kullanımının sağlanması gerektiğini savunur. Böylelikle demokrasiden uzaklaşan fertlerin yönetime katılma hususundaki istekleri artırılmış olacaktır⁴¹. Diğer yandan Kelsen, temsilciler yolu ile yasama faaliyetlerinin gerçekleştirilmesinin zorunlu olduğunu kabul etse de, vekalet hususunda birtakım reformların gerçekleştirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. 19’uncu yüzyılda ortaya çıkan “emredici vekalet” teorisinin terk edilmesi gerektiğini savunur. Emredici vekalet teorisi sebebiyle seçilenler, kendilerini seçen halka karşı bir mesuliyet hissetmemektedirler. Bu durum ise demokrasiyi halkın teveccühünden uzaklaştırmaktadır⁴².

Kelsen’in temsilciler için gerekli gördüğü bir diğer reform ise yasama dokunulmazlığının kaldırılması yahut sınırlandırılmasıdır. Bu imtiyazın kraliyetin var olduğu bir ortamda parlamentonun etkisinin artırılması için bir gereklilik olduğunu kabul eder. Artık bağımsız ve tarafsız mahkemelerin var olduğu, parlamentonun üzerinde mutlak bir otoritenin var olmadığı sistemde bu ayrıcalığın yeri olmadığı görüşündedir⁴³.

Yasama dokunulmazlığının yanında milletvekili sorumsuzluğunu da gözden geçirmek gerekecektir. Mahkemelerin bağımsızlığı sağlandığında parlamenti hükümete karşı korumanın bir manası kalmamıştır. Kelsen ayrıca Milletvekillerinin seçmenlere karşı sorumluluğu, partiden istifası hakkında vekilliğinin düşmesi gibi

³⁸ Christine Chwaszcza, s. 196.

³⁹ Kelsen, 2019, s. 40.

⁴⁰ Kelsen, a.g.e., s. 35. Kelsen parlamento ve demokrasi ilişkisini ele alırken temel haklar hususuna çok az değinmektedir.

⁴¹ Kelsen, a.g.e., s. 43.

⁴² Kelsen, a.g.e., s. 45.

⁴³ Kelsen, a.g.e., s. 45.

hususları tartışır. İstifaya çağırma hakkını parlamentoya değil istifa sebebiyle zarar gören partiye vermek gerektiğini savunmaktadır⁴⁴.

Kelsen, demokrasinin hikmetini eşitlik prensibinde bulmaktadır. Demokrasi, otoriter rejimlerin kendisini meşrulaştırdığı gibi ilahi otoriteden yetki aldığını iddia edemez⁴⁵. Demokrasi elbette bir çoğunluk fikrinin icrasına dayanmaktadır. Ancak muhalefeti de zorunlu kılan bu rejimin esas temeli muhalefete de iktidar olma hususunda eşit bir imkan tanımış olmasıdır⁴⁶. Bu itibarla demokrasi hakikat arayışında insanın yetersizliğinin, siyasi mutlakiyetçiliğe karşı siyasi izafiyeciliği ikame etmesine fırsat vermektedir. Demokrasinin de hakiki manası budur⁴⁷. Ancak Kelsen'in demokrasi teorisinde büyük bir çoğunluğun demokrasinin ortadan kaldırılması için oy kullanması durumunda, demokrasinin korunmasını sağlayacak herhangi bir usulî prosedürün ortaya konulmadığı, bu yönde bir iradenin gerçekleşmesinin kısıtlanmasına dair bir hukukî müessesenin düşünülmediği belirtilmektedir⁴⁸.

Kelsen'in demokratik bir rejimde azınlığın çoğunluk kararlarını normatif nedenlerle kabullenmesi gerekmektedir. Zira her çoğunluk kararı ilerleyen zamanlarda, bir başka çoğunluk tarafından karar alınarak ortadan kaldırılabilir. İyi işleyen bir demokraside her bir birey azınlıkta bulunsa bile ilerleyen bir zaman diliminde çoğunluğun almış olduğu kararı benimseyebilir, yahut çoğunluk kararını azınlığın fikri doğrultusunda değiştirebilir. Demokrasilerde azınlık mensupları mevcut hukuki durumu benimsemeseler bile bu durumlar özdeşleşebilir yahut onu değiştirebilirler⁴⁹.

Kelsen, döneminde revaçta bir tartışma olan mesleki temsil konusuna dair düşüncelerini eserine dahil eder. İnsan yalnızca bir mesleği icra ettiği için diğer meselelere bigane kalamaz. Çiftçi yahut

⁴⁴ Kelsen, a.g.e., s. 46.

⁴⁵ Kelsen bu durumda demokrasinin aslan postuna bürünmüş eşeğe benzeyeceğini söylemektedir. A.g.e., s. 90.

⁴⁶ Kelsen, a.g.e., s. 91.

⁴⁷ Kelsen, a.g.e., s. 92.

⁴⁸ C. Chwaszcza, s. 201.

⁴⁹ Vinx, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007, s. 122.

avukat olsa da evlilik, devlet örgütlenmesi ile ilgilidir. Mesleğinin ötesinde adil bir toplum düzeninin hayata geçirilmesi yönünde gayret gösterir. Bir çok mesleğin birbiri ile çatışan menfaatleri nasıl dengelenecektir? Parlamento yerine mesleki parlamento siyasi partilerin fonksiyonlarını mesleki birliklere aktaracaktır. Bu durumda meslekler arasındaki iş birliği/hiyerarşi/önem derecesi neye göre belirlenecektir. Mesleki temsilde sorulması gereken soru demokrasiye mi yoksa otokrasiye mi varılacağıdır. Kelsen mesleki temsille işçi sınıfının otokratik tipe yaklaşma tehlikesine dikkat çeker. Parlamenter demokrasi sınıf çatışmalarının olduğu toplumda uygulanabilir mi? Marksistler bunun uygulanamaz olduğunu ve bu sebeple proleterya diktatörlüğünü savunur. Oysa özgürlük idealini gerçekleştirme konusunda yetersiz kalacaksa da barışı ve uzlaşmayı sağlayan parlamenter demokrasi tek çıkar yoldur⁵⁰.

Kelsen bir hukukçu olarak, demokrasinin yalnızca yasama faaliyetini icra eden parlamentonun halk tarafından seçilmesi ile hayata geçirilemeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Demokrasi halkın yönetiminde halkın iradesinin tecelli etmesidir ki bu da ancak halkın idaresine yetkili olan makamların kanunlara riayet etmeleri ile mümkün hale gelmektedir⁵¹. Bir hukukçu olarak Kelsen, demokratik rejimlerde hukuka riayet eden idarenin, daha doğru bir ifade ile idarenin kanuna uygun işlem tesis etmesinin gerekliliğini açık bir biçimde ifade etmektedir⁵². Kanunlara uygun idarenin teşekkülünü ise bürokrasinin tanzimi ile mümkün hale gelebilecektir. Demokrasi ve bürokrasi arasında paradoksal bir ilişki söz konusudur. Bürokrasinin katılığı ve ağır işlemesi sebebiyle ağır eleştirilere maruz kalsa da; yasa önünde eşitliği sağlaması sebebiyle demokratik rejimlerde bir sınıf olarak varlığını sürdürmektedir. Kelsen bürokrasinin yasa önünde eşitliği sağlama işlevinin önemini vurgulamaktadır. Her ne kadar bürokrasinin içerisindeki hiyerarşi ile demokrasinin uzlaşmaz olduğu düşünülse de, düşünüre göre bu bir yanılgıdır. Halkın iradesi ile ortaya konulan kanuni prensipler işlerinde profesyonelleşmiş kişiler tarafından birel işlem haline getirilerek demokrasinin devletin en

⁵⁰ Kelsen, 2019, s. 64-66.

⁵¹ Kelsen, a.g.e., s. 70.

⁵² Kelsen, a.g.e., s. 71.

üst kurumlarından toplumun bireylerine dek uygulanmasını sağlayacaktır⁵³.

Kelsen Düşüncesinde Anayasa Yargısı ve Demokrasi

Kelsen, bürokrasinin parti etkisinde kalarak işlem tesisini önlemek için idari yargının gerekli olduğunu ifade eder. İdari yargının yetki alanına ise yalnızca birel işlemlerin değil diğer düzenleyici idari işlemlerinde girmesini gerekli görür⁵⁴. Hatta Kelsen burada tüm idari işlemlerin kanunlara uygunluğunun yanında kanunların da anayasaya uygunluğunun yargı yerlerince denetlenmesi gerektiğini açıkça söyler⁵⁵.

Kelsen'in modern dönem anayasa yargısının kurucularından biri olduğu kamu hukuku teorisyenlerinin ortak kanaatidir. Kelsen'in anayasa yargısı modeli, saf hukuk kuramında normlar hiyerarşisinde anayasaya aykırı kanun ve kararnemelerin iptal edilerek hukuki bütünlüğün sağlanması için önemli bir işlev görmektedir⁵⁶. Genel olarak anayasa yargısının yaygınlaşmasında ana sebep, anayasaya aykırı kanunların iptal edilerek hukuk devleti ilkesinin hayata tam anlamıyla tatbikine katkı sağlamaktır.

Kelsen'in anayasa yargısına hukuk teorisi bağlamında önemli görevler yüklemiş olmasının yanında demokrasi teorisi anlamında anayasa yargısının önemli fonksiyonlar icra etmesi gerektiğinin farkındadır. Kelsen'in demokrasi anlayışında temel düsturun çoğunluğun azınlığa olan tahakkümünün önlenmesi ve toplumda çoğulculuğun sağlanması olarak ifade edilmişti. Parlamentoda çoğunluğu elinde bulunduran tarafın azınlıkların özgürlüklerini ihlal eden yasa çıkarmaları durumunda anayasa yargısının anayasaya aykırı yasaları iptal etmekle demokrasinin işlerliğinin sağlanacağı kanısındadır⁵⁷. Böylelikle anayasa mahkemesi bir yandan yasama organı özel bir ilişkisi olan kurum olarak varlık kazanmakta, diğer yandan Kelsen'in çoğulculuğu koruma amacını gerçekleştirilmektedir⁵⁸.

⁵³ Kelsen, a.g.e., s. 72.

⁵⁴ Kelsen, a.g.e., s. 96.

⁵⁵ Kelsen, a.g.e., s. 97.

⁵⁶ Değirmenci, 2021, s. 150 v.d.

⁵⁷ Lagi, s. 67.

⁵⁸ Özenç, s. 69; Lagi, s. 70.

Kelsen'in demokrasi ve anayasanın koruyucusu olarak anayasa yargısı modelini benimsemesi Schmitt'le önemli bir tartışma içine girmelerine sebep olmuştur. Schmitt'in demokrasi teorisi 19'uncu yüzyıl düşüncesinde devletin ayrı bir tüzel kişiliğe sahip olduğu ve ortaya çıkan ikircikli yapıyı aşmayı amaçlamaktadır. Kelsen'den farklı olarak Schmitt, parlamenter demokrasinin bütünleşmiş devlet iradesini sakatladığı kanısındadır. Zira, Schmitt 20'nci yüzyıla birlikte total devletin ortaya çıktığı görüşündedir. Bu devlet, toplumun her alanını düzenleyen yönettiği halkla bütünleşmiş bir devlet tipidir. Demokrasi teorisinin klasik kurumları olan siyasi partiler ve parlamento, bu bütünleşmeyi zedelemektedir. Dolayısıyla antikiteden beri var olan devlet ve toplum ayrımı ortadan kalkmıştır. Parlamenter demokrasinin illüzyonist anlatısına karşın, bu birlikteliği sağlayacak olan makam devlet başkanıdır. Anayasanın koruyucusu bu birlikteliği sağlamaya muktedir olan devlet başkanı olmalıdır.

Schmitt, Kelsen'in anayasa mahkemesine anayasanın koruyuculuğu ödevi vermesini eleştirmektedir. Öncelikle, anayasa mahkemesinin yasama organının işlemlerini denetleme görevini yargısal bir görev olarak görmez. Anayasa normlarını yorumlayarak yasama işlemlerinin iptali bir yasama işlemidir⁵⁹. Schmitt'e göre böyle bir kurumun ihdası total devlete dönüşüme engel oluşturmaktadır. Böyle bir mahkeme ihdasını ikinci bir meclisin kurulması olarak görmektedir⁶⁰. Ancak bu meclisin halk nezdinde bir meşruiyeti bulunmamasını, kendi değer yargıları çerçevesinde anayasayı yorumlayarak kanunları iptal etmelerini sorunlu görmektedir⁶¹. Anayasa yargısı bir anlamda yeni bir aristokratik zümre olarak ortaya çıkacak, böylelikle hem kuvvetler ayrılığını zedeleyecek hem de halkın egemenliğinin temsil edilmesi olarak ifade edilecek temel demokratik ilkeyi ihlal edecektir⁶².

Kelsen, anayasa yargısının negatif yasa koyucu olarak yasama iradesine müdahale ettiğinde ortaya çıkacak meşruiyet sorununun farkındadır. Bu sebeple, anayasalarda muğlak ifadelerin yer almamasını, anayasa yargısının içtihatlarında muğlak ifadeleri

⁵⁹ Vinx, 2015, 107.

⁶⁰ Özenç, s. 172.

⁶¹ Lagi, s. 77.

⁶² Lagi, s. 77.

gerekece göstermemesi gerektiğini savunur. Anayasa yargısı tamamen teknik anlamda bir hukukilik denetimi yaparak anayasaya aykırı yasaları iptal edecek, bunun neticesinde demokrasinin bir gereği olarak çoğulculuk sağlanmış olacaktır. Ayrıca Scmitt'in anayasayı koruma ödevini devlet başkanına veren teorisini yumuşak diktatörlüğün temellendirilmesi olarak görmektedir⁶³.

Schmitt, Kelsen'in anayasa yargısı modelini demokratik temsil ilkesine ve meşruiyetini halka dayanmaması sebebiyle eleştirmektedir. Kelsen ise Schmitt'in modeline otoriter rejimlere yol açacağı sebebiyle karşı çıkmaktadır⁶⁴. Özenç, Kelsen'in demokratik toplumun çoğulcu niteliğinin gerçekliğinin farkında olduğunu ve anayasa yargısı savunusunun Scmitt'in idealize ettiği total devlet yolunda diktatörlüğün önlenmesi amacını taşıdığını belirtmektedir⁶⁵.

SONUÇ

Hans Kelsen'in saf hukuk kuramı bilimsellik amacını taşıyan pozitif bir hukuk kuramıdır. Saf hukuk kuramının temelinde grundnorm içeriği hususunda literatürde çokça tartışma yürütülen, Kelsen'in dahi açıklarken çelişkiye düştüğü kavram yer alsa da sistematik olarak hukuki pozitivimin normativist tarafında yer almaktadır. Kelsen'in hukuk kuramını yönetim modelleri ile ilişkilendirilerek açıklamaması, insan hakları teorisini kuramının dışında bırakması saf hukuk kuramının otoriter ve totaliter rejimlerin hukukilik arayışlarına bir payanda olmasıyla itham edilmesine sebep olmuştur.

Kelsen, saf hukuk kuramı adlı eserini yazmadan evvel demokrasiyi savunmak üzere metinler kaleme almıştır. Kelsen'in demokratlığı hukuk teorisyenliği ile bir arada değerlendirilmelidir. Birinci Dünya Savaşı sonrası demokrasiden umudunu kesmiş Almanca konuşulan ülkelerde, demokrasi savunusunu akılcı bir paradigma ile temellendirmeye çalışan Kelsen, uzun yıllar boyunca demokrasinin işleme için gerekli kurumsal değişiklikleri ve teorik izahları yapmıştır.

⁶³ Lagi, s. 78. Vinx, 2015, s. 180.

⁶⁴ Lagi, s. 79.

⁶⁵ Özenç, a.g.e., s. 172.

Parlamento reformu, anayasa yargısının görevi, seçim, başkanlık seçimi, idarenin hukukiliği ve demokrasiyle olan ilişkisini değerlendiren düşünür demokrasi teorisinin gelişmesinde önemli katkılar sunmuştur. Ne var ki Nazi zulmünün artması ile birlikte Alman coğrafyasını terk ederek Amerika Birleşik Devletleri'nde ikamete mecbur bırakılmış olması demokrasi mücadelesini fiili olarak başarısız olduğu şeklinde yorumlanabilir. Yine de demokrasi teorisinin teorik izahından vazgeçmemiş, Amerika'da yapmış olduğu yayınlarda kıta Avrupası'ndaki düşüncelerini genişleterek kamuoyuna sunmuştur⁶⁶.

Kelsen'in demokrasi teorisini önemli kılan husus, ideolojik kabullerden yola çıkarak değil rasyonel temelde demokratik modeli izah etmesidir. Bireylerin kendi koyduğu kurallara uymakla özgürleşeceğini, bunun ancak demokratik katılım ve parlamento yoluyla işleyebileceğini ifade etmektedir. Birinci Dünya Savaşı sonrası yaşanan krizleri totaliter rejimlerle aşabileceğini savunanlara karşı, toplumun farklı veçhelerinin seslerinin duyulabileceği bir modelin gerekli olduğunu savunmaktadır. Parlamentonun toplumun tüm kesimlerini temsil etme kapasitesi ile barışın ve norma uymanın en etkin yolu olduğu görüşündedir. Temsili demokrasinin zaaflarının giderilerek reforma tabi tutulması ile toplumsal meselelerin çözümünde daha aktif bir konum elde edebileceği kanısındadır. Milletvekili temsili, siyasi partilerin işleyişi gibi hususlarda sağladığı katkıların yanında anayasa yargısını demokrasi teorisi ile bağdaştırması Kelsen'i 20'nci yüzyılın en önemli demokrasi kuramcıları arasında değerlendirilmesini sağlamıştır.

KAYNAKÇA

Akal, Cemal Bali, "Grundnormun Yolları Sonsuzdur", *Kadir Has Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Yıl 2014, Cilt 2, Sayı 2.

Akal, Cemal Bali, *Hukuk Nedir*, Dost Kitabevi, Ankara, 2017.

Baume, Sandrine, *Hans Kelsen and the Case for Democracy*, University of Essex, Colchester, 2012.

Beriş, Hamit Emrah, "Modern Devletin Hukuk Döngüsü: Egemenlik, Parlamento Ve Yasa", *Muhafazakar Düşünce*, Sayı 58.

Chwaszcza, Christine, "Kelsen on Democracy in Light of Contemporary Theories of Human Rights," *Kelsenian Legal Science and the Nature*

⁶⁶ Kelsen, Hans, "Foundations of Democracy", *Chicago Journals*, Cilt 66, Sayı 1, 1955.

- of Law (Ed. Peter Langford, Ian Bryan, John McGarry), Springer, 2017.
- Değirmenci, Rıdvan, *Meşruiyet ve Hukukilik Çerçevesinde Saf Hukuk Kuramı*, Astana Yayınları, 2021.
- Eliaeson, Sven, “Max Weber and Plebiscitary Democracy”, *Max Weber, Democracy And Modernization (Ed. Ralph Schroeder)*,
- Erdoğan, Mustafa “Hikmet-i Hükümet”ten Hukuk Devletine Yol Var mı?”, *Doğu Batı Dergisi*, Sayı 13.
- Kelsen, Hans, *Demokrasi: Mahiyeti Kıymeti*, (Çev. Prof. Dr. E. Memencioğlu) Devlet Basımevi, İstanbul, 1938.
- Kelsen, Hans, *Demokrasi: Doğası ve Değeri*, (Çev. Yasin Uysal), Dost Kitabevi, Ankara, 2019.
- Kelsen, Hans, “Foundations of Democracy”, *Chicago Journals*, Cilt 66, Sayı 1, 1955.
- Kelsen, Hans, *General Theory of Law and State*, (Çev. Anders Wedberg) Harvard University Press, 1949.
- Kelsen, Hans, *Saf Hukuk Kuramı*, (Çev. Ertuğrul Uzun), Nora Kitap, 2016.
- Lagi, Sara, *Democracy and Its Essence: Hans Kelsen as a Political Thinker*, Lexington Books, London, 2021.
- Özenç, Berke, *Anayasa'nın Koruyucusu Kim Olmalı: Kelsen ve Schmitt'in Demokrasi ve Anayasa Yargısı Tartışması*, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Schmitt, Carl, *Parlamentar Demokrasinin Krizi*, (Çev. Emre Zeybekoğlu), Dost Kitabevi, 2014, Ankara.
- Spinoza, *Teolojik Politik İnceleme*, (Çev. Reyda Ergün, Cemal Bali Akal), Dost Kitabevi, Ankara, 2016.
- Turhan, Mehmet, “Han Kelsen’e Göre Anayasaya Aykırı Yasa”, *HfSA 27*, 2016.
- Turhan, Mehmet, “Hans Kelsen’e Göre Adalet”, *HfSA 28*, 2019.
- Vinx, Lars, *Hans Kelsen's Pure Theory of Law: Legality and Legitimacy*, Oxford University Press, 2007.
- Vinx, Lars, *The Guardian of The Constitution, Hans Kelsen and Carl Schmitt on the Limits of Constitutional Law*, Cambridge University Press,
- Zeybekoğlu, Sezai, *Max Weber'in Plebisiter Lider Demokrasisi Anlayışı Üzerine Bir İnceleme*, Akdeniz Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, Antalya, 2020.

İSLAM HUKUKU

İSLAM HUKUKUNUN KLASİK KAYNAKLARINDA İMAR /ŞEHİR PLANLAMASI: HÜSÂMÜDDİN SADRÜ'Ş-ŞEHÎD'İN *KİTABÜ'L-HÎTÂN* ÖRNEĞİ

Adem ESEN¹

GİRİŞ

Topluluk haline geldikten sonra insanlar birbirine yakın yerlerde yaşamaya başlamıştır. Bu hayat tarzı ile ortak yaşamayı, komşuluğu, hemşeriliği ilgilendiren imar hukuku ortaya çıkmıştır. Şehirlerin büyümesi, değişen yapı teknolojileri gibi pek çok konu imar hukukunu etkilemekle beraber ortak hayat yaşamadaki temel prensipleri belirleme bakımından bu ilkelerin tespiti önemlidir.

Bu alanda fıkıh ve tarih kitaplarının yanında *el-hîtân*², *el-cidâr* ve *el-bünyân* adlı müstakil eserler de vardır. Bunlar arasında fıkıh alanında önemli eserler veren Hüsâmüddîn es-Sadrü'ş-şehîd Ömer b. Abdülazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî'ye (483-536/1090-1141) ait *Kitâbü'l-Hîtân* eseri önemli bir yere sahiptir. Çalışmamızda bu kitabın analizi yapılacaktır.

ÇEVRE VE İMAR DÜZENLEMESİNİN ŞER'İ DAYANAKLARI

Peygamberimizin “Medeniyetten uzak olan yerlerde iskân etmeyiniz. Zira öyle yerlerde oturanlar mezarda sakin olanlar gibidir.”³ şeklindeki buyruğu toplu yaşamayı teşvik etmektedir.

Yine Peygamberimizin “Yolun haddi yedi zirâdır.”⁴ hadisinde geçen –hadisin mevzû olup olmadığı bir yana- emir kat'î olsaydı Hz. Ömer buna uyması gerekirdi (Ergin, 1/202). Eskiden beri sokakların

¹ Prof. Dr., İstanbul Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi, adem.esen@istanbul.edu.tr, ORCID: 0000-0001-9720-6096

² Hâitin çoğulu hîtân, bina (yapı) olup Türkçe'de duvar demektir. Aynı kökten hâitin çoğulu havâit, bostan yani bahçe demektir. Cidâr da aynı anlama gelir. Bünyân ise bina demektir.

³ Suyûti, *Cem'u'l-cevâmi'*, thk. İbrahim el-Hâic, Abdulhamid Muhammed Nidâ ve Hasan İsa Abdüzzahir, (Kahire, 2. Bsk.), 11/183 (Hadis No:24928).

⁴ *Buhârî, Mezâlim 29; Müslim, Müsâkât 243.*

genişliği, çatal sepetli veya yüklü hayvanın serbest geçebilmesi için gerekli olan genişliktir. Hadiste asgari ölçü belirtilmekle beraber büyüklük belirtilmemiştir. Böylece nüfus artışı ve değişen şartlara göre bu durum düzenlenebilecektir⁵.

Müslüman bilim adamları bina (imâre) ile toplum ve çevre arasındaki ilişkiyi “fıkh-ı imâre” başlığı altında ele almışlardır. Bu kapsamda binaların dış cepheleri (vâcîhât, façade), girişleri (medâhil), ışıklıkları (münevver), birimlerinin birbirlerine bağlandığı yerler, geçişler ve merdivenler, avlu (tek veya çok avlular), evin bölümlerinden mutfak, ocak, hamam, tuvalet, ahır, yağmur sularının giderleri gibi konular aynı zamanda komşuluk ilişkilerini de ilgilendirmektedir. Ayrıca Müslüman mühendisler kibleyi daima gözetmişlerdir.

Çevre ve imar düzenlemelerini ele alan İslam bilginleri esas olarak meselenin teorik temellerini hadis ve ayete dayandırmaktadırlar. Ayette “Afvı al ve örfü emret ve cahillerden yüz çevir.” buyrulur (el-A’raf, 199). “Afv” bir şeyin en yenisi, en saf olanı, fazlası; kolaylıkla verilebilen, bağışlanabilen” gibi anlamlara gelir. Ahlak açısından “kötülük ve haksızlık eden, suç veya günah işleyen birini bağışlamak, cezalandırmaktan vazgeçmek” demektir. Müfessirler

⁵ Hz. Ömer döneminde Irak’ta, Mısır’da oluşturulan şehirlere bakarak, İslam âleminde yolların geniş olmasına kanaat getirilmiştir. Ancak dar sokakların olması buna uyulmadığını da göstermektedir. Hz. Ömer döneminde inşa edilen Küfe’deki evler hurma ağaçlarından yapılırdı. Ancak yangınların çıkması sebebiyle kargir yapılmasına Hz. Ömer izin verdi. Şehrin geniş meydanına bir cami yapıldıktan sonra geniş caddeler açıldı. Geniş caddeler kırk, ikinci derecedeki caddeler otuz, üçüncü derecedekiler yirmi, dördüncü derecedekiler ise on arşın olması üzerinde duruldu. Hz. Ömer evlerin tuğladan yapılmasına izin verdi. Ancak hiçbir kimsenin üç evden fazla yapmaması ve binaların yüksekliklerinin yüksek olmamasını emretti (Ergin, 1/201). Hatta İstanbul’daki bazı evlerin birbirlerine çok yakın oldukları görülmüştür (1/202; 2/1002). Mısır’da Kahire ve Reşid şehirlerini Memlükler ve Osmanlılar dönemlerindeki imar düzenlemelerini çalışan Azeb (1994, 26) bu iki şehirdeki cadde ve sokakları üçe ayırır:

1. Genel cadde-sokaklar: Tüm Müslümanların (insanların) ortak haklara sahip olduğu ve bu hakları korumak için kamu idaresinin müdahale edebileceği yerlerdir. Buraların mülkiyeti tüm insanlara aittir. Buralardan geçiş yapmak veya buralardan yararlanmak herkesin ortak hakkıdır.

2. Özel nitelikli genel cadde-sokaklar: Buralar genel olmakla birlikte belirli kişi veya kesimlere ait olan yerlerdir.

3. Özel cadde-sokaklar: Sadece sakinlerine ait olan “çıkılmaz sokak” niteliğindeki yerlerdir.

Müslümanlar Basra, Fustat, Kayravan gibi planlı şehirler kurmuşlardır. Buna örnek olarak Kadı Ebû Ya’lâ şöyle demektedir: “Sahabe Ömer b. el-Hattab döneminde Basra şehrini kurdu. Buranın halkına yönelik planlamalar yaptılar. Büyük caddeyi altmış zira’ genişliğinde tuttular. Her meydana atlarını bağlayacakları ve ölülerini gömecekleri büyüklükte mezarlıklar oluşturdular.”(el-Ferrâ)

bu kelimeyi, insan ilişkilerinde kolaylık yolunu seçmek, başkalarını külfet ve meşakkate sokacak tutum ve davranışlardan, beklentilerden uzak kalmak olarak açıklamaktadırlar. Afv kelimesinin başka bir manası, malın ihtiyaçtan fazlasını muhtaçlara vermektir. İlgili kelime bazı Kur'an-ı Kerim meallerinde “kolaylığı seç” olarak çevrilmiştir. Ayette ikinci olarak “örf” iyiliği emretme olarak da çevrilmiştir. Buna göre örf, iyi olarak bilinen şeydir ya da yapılması gerekli olan, yapılması yapılmamasından daha iyi olan her türlü iş şeklinde de belirtilebilir. Ayette özel bir anlam belirtilmemiş olup, hakkında kesin bir nas olmayan hususlarda insanlar arasında kabul edilen değerler demektir. Bunun maddi unsuru ise, toplumun tevarüs eden adetlerinden olmasıdır. Manevi unsuru ise örf hükümlerine aykırı davranıldığında hukuki veya ahlaki yaptırım oluşmasıdır.

Fukahanın esas aldığı nas ise “Zarar vermek ve zarara karşılık zarar vermek (zırâr) yoktur.”⁶ hadisidir.⁷ Zararın önlenmesi ve giderilmesi bakımından sahabe döneminde pek çok olay yaşanmıştır. Bunlardan birisinde Mısır valisi, Hz. Ömer’e yazdığı mektupta, bir kişinin evine bir oda yapıp bundan komşusuna doğru bir küçük pencere açması hakkında görüş sormuş, o da bu deliğin arkasına bir örtü koymasını, eğer komşusunun evine bakarsa buna

⁶ İbn Mâce, Ahkâm 17.

⁷ Zararın meydana gelmesi “olası (muhtemel)” veya “gerçek (hakiki)” olabilir. Olası zarar, ortaya çıkmadan önce proaktif tedbirlerle önlenir. İslam hukukçuları bu hadisi değerlendirmekle beraber, Mâlikîler ve Hanbelîler hadisin kapsamını daha geniş tutmuşlardır. Hanefîler kıyasa göre değil de istihsanen fahiş zarardan hareket etmişlerdir. Eğer zarar “gerçek” haline gelirse, bunun sürdürülmemesi, giderilmesi ve tazmin edilmesi gerekir. Şâfiîler malikin mülkündeki tasarrufa engel olmada bu hadisi kat’î nas olarak görmeyip “aşırı zararı (zarar-ı eşed)” esas alırlar. Şâfiî “hakkın mutlak olduğu” görüşündedir. Çünkü ona göre bu hadiste sınırlama (takyit) yoktur. Buradaki zarar kavramı *mücmeldir*. Ancak malikin hakkını kullanırken kasten başkasına zarar vermesi halinde bu kasıttan dolayı sorumluluk doğar. Ebu Hanife de malikin mülkündeki tasarrufunu sınırlama hakkını yasal bakımdan (kazâen) bu hadisin vermediği görüşündedir. Kişinin kendi mülkünde istediğini yapma hakkı vardır. Çünkü mülkiyet hakkı mutlaktır. Ancak aşırıya gitme (teaddî) ve sınırı aşma halinde sorumluluk ortaya çıkar. Yine de dini anlayışla -bir bakıma ahlaktan kaynaklanır- başkasına zarar verecek işleri yapmamak gerekir. Müteahhirûn Hanefîler dini saiklerin insanları etkilemesinin azalmasıyla malikin mülkünü kullanmada “fahiş zarar” halinde engel olunması gerektiği görüşüne ulaşmışlardır. İmam Mâlik ve Ahmed b. Hanbel bu hadisi hakların sınırlanmasında asıl kural olarak değerlendirmektedirler. Böylece zarar olan hususu ilgilinin kaldırması, aksi takdirde devletin buna engel olması gerekir. “Sınırlamalar zamanın değişmesi, zimmetlerin fesadı ve insanların davranışlarına bağlı olarak değişmektedir” (Dirîni, 128-132, 136). İbn Hazm bu hadisi mürsel olarak değerlendirir ve onun görüşü Ebû Hanîfe ve Şâfiî’ye çok yakındır. Caferiler de genel olarak bu ilkinden hareketle malikin hakkının ancak başkasına zarar vermesi halinde sınırlandırılması şeklinde değerlendirirler (Dirîni,137, 139).

engel olunmasını, eğer bakmazsa bu deliğe engel olunmamasını belirtmiştir. Böylece bir yandan komşuyu rahatsız etmeye engel olunmakta, diğer yandan da zararın keşfi üzerinde durulmaktadır (Azeb, 20).

Sedd-i zerâi, yani bazı olumsuzlukların sebebi olması veya olabileceği kuvvetli ihtimalinden dolayı serbest olanın yasaklanması ile “zarara sebep olmak” (hıyâzetü’z-zarar) günümüzde kullanılan negatif dışsallıkları ifade eder.

Hanefîlerin temel fıkıh kitaplarından *el-Hidâye*’de “Kişinin yolda yaptığı işler bölümü” *kitâbü’l-diyât* (diyetler kitabı) içinde ele alınmıştır.⁸ Burada meseleler, olay anlatma metodu ile işlenmiş ve temel ilkeler belirtilmiştir. Kitapta, yazıldığı dönemdeki şehir düzeni anlatılmaktadır. Eserin uzun yıllar Osmanlı medreselerinde okutulması temel ilkelerin yansımaları göstermektedir.

Burada komşuluk, hemşeri ve kent haklarını içeren ilkeleri şöyle sıralamak mümkündür:

- İyiliğin yayılması, kötülüğün engellenmesi (emr-i bi’l-ma’rûf nehy-i ani’l-münker),
- Zararın önlenmesi,
- Zarara karşılık zarar vermenin engellenmesi,
- Zararın karşılanması ve telafi edilmesi,
- Başta mülkiyet hakkı olmak üzere hakların korunması,
- Harim hakkı/komşuluk (harimü’l-cîran).

İmar, inşaat ve çevre düzeni konularında komşuluk ile hemşerilik hukukunun kökenini bu ayet ve hadis oluşturmaktadır.

KLASİK FIKIH ESERLERİNDE İMAR KONULARI

Günümüzdeki imar, şehir planlama, bina, sokak ve meydan düzenlemesini ilgilendiren konular fıkıh, ahkâmü’s-sultaniyye ve hisbe kitaplarında farklı şekilde yer almaktadır. Bunlar genellikle büyü’ (alışveriş), icâre, şüf’a, kısmet, sulh, gasb, ihyâu’l-mevât ve diğer konular içinde işlenmiştir. Fetva kitapları yani cüzî konularda fakihlerin görüşleri de bunun kaynakları arasındadır. Ayrıca “ilmü’s-şürût ve’s-sicillât” kitapları da mevcuttur. Yani “hukukî

⁸ Burhâneddin el-Mergînânî, *el-Hidâye şerhu bidâyeti’l-mübtedî*.

muameleleri kayıt altına almak üzere düzenlenen belge, senet” anlamındaki şartın çoğulu şürût ile “yargı kararını içeren belge, i’lâm, mahkeme defteri” anlamına gelen sicillin çoğulu sicillâtan oluşmaktadır. (Atar, 2010, 270-273) Buna ilmü’l-vesâik de denilmektedir.

Yapı işleri aynı zamanda kamu düzenini ilgilendirdiğinden bu konular muhtesibin görevleri arasında yer almıştır. “İlmü’l-ihstisâb” olarak bilinen bu alan emr-i bi’l-ma’rûf nehy-i ani’l-münker (iyiliği emretmek, kötülüğü yasaklamak) amacını güder. Bu kapsamda hisbe konusunda irtifakla ilgili hükümler ve bunun altında çevre düzeni (tesâmimü’l-bê’) yer almaktadır. Ayrıca piyasa, meslekler, sanayi gibi konulara da yer verilmektedir.

Yapı hukuku hakkında “el-hîtân”, “el-cidâr” veya “el-bünyân” gibi müstakil eserler de bulunmaktadır. Bu tür belli başlı kitaplar şunlardır (Mizzi 2014, 32):

- el-Muallim Muhammed b. İbrâhim el-Lahmî İbnü’r-Râmî el-Bennâ (8/14. yy), *Kitâbü’l-i’lân bi-ahkâmi’l-binâ*: Aslında Mâlikî olup bazen de diğer mezheplerden hükümler veren müellif yapım işleriyle ilgili pek çok konuyu ele almıştır. Müellif hem “el-bennâ” hem de “el-muallim” sıfatlarına sahiptir. Bina konusunda ehl-i hibre yani bilirkişidir.

- Ebû Hamid Muhammed Halil b. Yusuf el-Makdisî eş-Şâfiî (h. 819-888), *Kitâbü’l-Fevâidi’n-Nefsiyye el-Bahîrâ fi Beyâni Hükmi Şevâri’i’l-Kâhire fi Mezâhibi’l-Eimmeti’l-Erbaa ez-Zahîra*.

- Sun’ullah b. Ali b. Halil el-Alâiyye dî’r-Rûmî (ö. 1137 h.), *Merâsidü’l-Hîtân*.

- Muhammed b. Hüseyin b. İbrâhim el-Bârûdî (ö. 1215 h.), *Risâletü Fethi’r-Rahmân Mesâilü Tenâzü’ fi’l-hîtân*.

- Ebû Abdullah Muhammed b. Ali b. Muhammed ed-Dâmğâni el-Kebîr (ö. 487 h.) *Şerhu Kitâbi’l-Hîtân ve’t-Turuk*. (Bu kitap el-Mürçî es-Sekaffî’nin *Kitâbü’l-Hîtân* adlı kitabının şerhidir.)

- İsâ b. Mûsâ et-Tudeylî, *Kitâbü’l-Cidâr*.

- Fıkhü’l-İmâre konusunu Mağrip fakihleri *Nevâzilü’l-Bünyân* adlı eserlerde işlerler. Bu alanda Mağrip’teki ilk eserlerden birisi, İbnü’r-Râmî olarak bilinen Tunus’ta 774/1334 yılında vefat eden Muhammed b. İbrâhim el-Lahmî’nin “*el-İ’lân bi-Ahkâmi’l-*

Bünyân"dır. Ayrıca basılmamış mahtût eserler de bulunmaktadır (Azeb, 9).

- Sadruşşehîd'in *Kitâbü'l-Hîtân* adlı kitabı bu alanda önemli bir yer tutmaktadır. Konumuzla ilgili bir diğer eseri de *Kitâbü'l-Mesâilî'd-Da'va el-Hîtân ve't-Turûk ve Mesâilü'l-Mâ'* dır.

SADRUŞŞEHÎD'İN HAYATI VE ESERLERİ

Hüsâmüddîn es-Sadruşşehîd Ömer b. Abdülazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî, 483/1090 yılında Buhara'da⁹ doğmuştur. Buhara'da V-VII./XI-XIII. yüzyıllarda "sadr" unvanıyla hüküm süren ve Hanefî fukahasının önde gelen temsilcileri olan Burhan ailesine mensuptur. Ömer b. Abdülazîz'in soyundan geldiği rivayet edilen aile, fertleri "Burhânü'd-din", "Burhânü'l-eimme", "Burhânü'l-mille ve'd-dîn" lakaplarını aldığı için bu adla anılmıştır. Ortaçağ'da Türkistan'ın en önemli ilim ve kültür merkezlerinden biri olan Buhara'da yönetimi elinde tutan nüfuzlu ailelerden Burhan ailesi, mensuplarının ilim alanındaki otoriteleri yanında sahip olduğu servet sayesinde ekonomik açıdan da güçlüydü. Ailenin ilk reisi Burhânüddin el-Kebîr, es-Sadrü'l-ecel ve es-Sadrü'l-kebîr lakaplarıyla anılan Burhânüddin Abdülazîz b. Ömer b. Mâze daha önce Merv'de oturmaktayken Selçuklu sultanı Sencer tarafından Merv alındığında Buhara'ya "sadr" tayin edilmiş ve kız kardeşiyle evlendirilmişti. Önemli bir Hanefî âlimi olan Abdülazîz b. Ömer XII. yüzyılın ilk çeyreğinde vefat etmiş olmalıdır. Abdülazîz'in yerine geçen oğlu Hüsâmüddin Ömer, Sultan Sencer'in Karahıtaylar'a yenildiği Katvân savaşında (m. 1141) şehit düştüğü için "Sadruşşehîd" (el-Hüsâmü's-şehîd), ayrıca büyük dedesine nispetle İbn Mâze lakabıyla anılmıştır. Fıkıh konusunda önemli eserler vermiştir ve meşhur Hanefî fıkıh kitabı *el-Hidâye*'nin yazarı

⁹ Sadruşşehîd'in yaşadığı yer olan Horasan'daki yerleşimle ilgili kısa bilgi vermek gerekirse; Türkler göçebe toplum olarak yaşadıkları için çadır kültürüne sahipti. Ancak Horasan civarındaki Altay toplulukları tuğla ve taştan yapılan sabit evlerde yaşamıştır. Ev inşasında temel kazılıyor, inşaatta kerpiç veya tuğla kullanılıyordu. Burada ağaçtan kiriş veya direk yapılıyordu. İki duvar veya iki direk arasında konulan ağaca "arkuk" denilmekteydi. Gazne ve Selçuklu evleri içinde 5-6 kath olanlar da vardı. Her normal ev gibi Türk evinde kapı, baca, pencere ve ocak bulunurdu. Evde sofanın önemli bir yeri vardı. Kuyusu olan evler mevcuttu. Ayrıca abdesthane de bulunmaktaydı. Özçelik, İsmail, *Türk Kültüründe Ev-Bark Kavramlarına Dair Bazı Tespitler*, Altay Toplulukları Mesken ve Mesken Kültürü, Editörler: Şahin, İ; Solak, F. vd. Türk Dünyası Belediyeler Birliği Yayını, İstanbul-2019, s. 48.

Mergînâni, onun talebeleri arasındadır.¹⁰ (Özel, Hanefi Fıkıh Âlimleri, 425-427).

KİTÂBÜ'L-HÎTÂN TANITIMI

Burhânü'l-Eimme Hüsâmüddîn Ömer b. Abdülaziz b. Mâze el-Buhârî el-Ma'rûf bi's-Sadri's-Şehid'e ait *Kitâbü'l-Hîtân* adlı kitap, Suudi Arabistan Melik Abdülaziz Üniversitesi Edebiyat Fakültesi öğretim üyelerinden Dr. Abdullah Nezir Ahmed Mizzi tarafından farklı nüshaları mukabele yapılarak tahkik yapılmıştır. (Alrayan Institution Publishers, Beyrut, 1435/2014 Baskısı)

Bu tahkik esas alındığında kitap hakkında şu bilgiler mevcuttur:

Kitabın Konuları: Müellif kitabı üç kısma ayırmıştır. Her kısımda bâblar, bâbların altında da fasıllar vardır. Söz konusu eser; üç kısım, yirmi bâb ve elli yedi fasıldan ibarettir.

Birinci kısımda duvarlar (hîtân) ile ilgili şu konulara yer verilmiştir: Binada istihkak ve ittisal, setr, iki ev arasındaki duvara iştirak (ortaklık), dikili ve bitişik direkler gibi örnekler, duvarlarda anlaşmazlık durumları, binada teallî.

İkinci kısımda mesîl (suyolu), sâkî ve zer' konular yer almıştır. Üçüncü kısımda ise turuk (yollar) ve kapılar (ebvâb) incelenmiştir.

¹⁰ Hanefî fıkıh geleneğinde Buhârâ meşâyihî şeklinde adlandırılan hukuk mektebi önemlidir. Hanefî fıkıhının ikinci klasik döneme sahip bir şekilde aktarılmasında Buhârâ mektebi merkezi öneme sahiptir. Nitekim sonraki dönemlerden geriye hoca-talebe silsilelerinin izi sürüldüğünde mezhebin gerek fûrû gerekse usûl açısından ana hatlarını gösteren ilim silsilesinin Buhârâ silsilesi olduğu görülür. Bu silsileyi Ebû Hanîfe'den başlatıp ileri doğru sıralanması halinde şöyle bir silsile ortaya çıkar: Ebû Hanîfe (ö. 150/767) → İmâm Muhammed eş-Şeybânî (ö. 189/805) → Ebû Hafs el-Kebîr (ö. 216/831) → Ebû Hafs es-Sağîr (ö. 264/878) → Abdullah es-Sebezmûnî (ö. 340/952) → Muhammed b. el-Fazl el-Buhârî (ö. 381/991) → Ebû Ali en-Nesefî (ö. 424/1033) → Şemsüleimme el-Halvânî (ö. 452/1060) → Şemsüleimme Serahsî (ö. 483/1090) → Burhânü'l-eimme Abdülaziz b. Ömer b. Mâze (VI./XII. yy.'ın ilk çeyreği) → es-Sadrüşşehîd Hüsâmeddin Ömer b. Abdülaziz b. Ömer b. Mâze (ö. 536/1141) → Burhânüddîn el-Mergînânî (ö. 593/1197) → Şemsüleimme el-Kerderî (ö. 642/1244) → Hâfîzuddîn el-Kebîr Muhammed b. Nasr el-Buhârî (ö. 673/1274) → el-Hüseyn b. Ali es-Siğnâkî (ö. 714/1314) → Kıvâmuddin el-Kâkî (ö. 749/1348) → Ekmelüddin el-Bâbertî (ö. 786/1384) → Molla Şemseddin Muhammed b. Hamza el-Fenârî (ö. 834/1431) → Molla Yegân Muhammed b. Armağan (ö. 865/1461 civarı) → Yûsuf Bâlî (ö. 840/1436-37) → Molla Hüsrev (ö. 885/1480). "Buhârâ silsilesi" Hanefî mezhebinin Anadolu'ya uzanan temel fıkıh eğitim ve aktarım ağını ifade etmektedir. Hanefî fıkıh tarihine bakıldığında, mezhebin gerek kavillerin rivayeti bakımından gerekse yeni telif, şerh ve içtihatların kabulü açısından sonraki dönem tercihlerinin "Buhârâ silsilesi" üzerinden gerçekleştiği söylenebilir. Murat Şimşek, *İslami İlimlerin Metodolojisini Yeniden İdrak-Özbekistan ile Türkiye'nin Tarihi Misyonu*.

Müellifin kitabında yararlandığı temel kaynaklar arasında Ebû Abdullah ed-Dâmeğânî'nin *Kitabü'l-Hitân li'l-Mervi es-Sekafî* şerhi, İmam Muhammed b. Hasan eş-Şeybânî'nin *el-Câmi'üs-Sağîr*, Cessâs'ın *Şerhu Muhtasari'l-İmam et-Tahâvî* ve Hassâf'ın *Ahkâmü's-Şürût* adlı eserleri bulunmaktadır. Ayrıca Hanefî hukukçularının fetvaları da müellifin faydalandığı kaynaklar içindedir.

Müellif ele aldığı konuları “amaç bakımından en zor ve uzlaştırma bakımından da en güç konular” olarak görür (Sadruşşehîd, 83). Gerçekten de bu konular fertlerin menfaatlerini doğrudan ilgilendirdiği için günümüzde de aynı gerçeği korumaktadır. Duvar konusunu bilmek dava konusunu bilmekle ilgilidir. Zira dava, insanın başkası üzerinde hak sahibi olduğu şey için geçerli olduğundan şüfa gibi duvar da insanın başka bir şeyde hak sahipliğine konu olur (Sadruşşehîd, 89).

Mevzubahis tahkikte ayrıca bu alanla ilgili son yıllarda Suudi Arabistan'da yapılan akademik çalışmaların bazılarında da yer verilmiştir.

Sadruşşehîd, *el-Hitân* kitabını yazma gerekçesi olarak “duvarlar, yollar ve mesîl davaları amaç olarak en zor ve ıslah bakımından en güç olan konulardan” olmasını belirtir. Hitân (duvarlar) konusunu ele almanın gerekçesi de “insanın başkasındaki hak sahipliği dava ile ortaya çıkar, duvar (hâit) da kişinin başkasındaki hakkını ifade eder. Böylece şüfa, şirb, tarik gibi haklar *hâitteki* davalarda somutlaşır. Bunun delili iki duvar arasında, çatının altına uzatılan ağaçtır”. Buna Arapça'da hurma ağacının gövdesi anlamına gelen *ciz'* ve çoğulu *cüzü'* (kütük olup, direk ve kiriş da denebilir) kelimeleri kullanılmaktadır (Mizzî, 90). Buna göre, mülkiyeti belirleyen asıl unsurun duvar olduğu anlaşılmaktadır. Duvar, mekânı çevreleyen şeydir. Binanın alt kısmı temelidir. Burası Ebû Yusuf'a göre duvara dâhildir, Hasan'a göre ise dâhil değildir (Sadruşşehîd, 206).

Müellif kitapta, bitişik¹¹ duvarda iki kişinin nizâlaşmasını, böyle bir duvarın üstündeki ağaçların veya hasırın olmasına göre farklı

¹¹ Eski dönemlerde şehirlerdeki evler bazı yerlerde birbirlerine bitişik vaziyette olmuşlardır. Dolayısıyla evlerin duvarlarının bir kısmı özel mülkiyette olduğu gibi bazıları da müşterek mülkiyette olduklarından mülkiyet haklarıyla ilgili bazı problemler yaşanmıştır. İbn Haldun da şehirlerin büyümesi ve binaların yapılması sonucunda bu sorunları dile getirmiştir (Mukaddime, 287). Komşular arasında duvar yüzünden çıkan uyuşmazlıklar mahkemelere götürülmüştür. el-Mercâ, es-Sekafî'nin *Kitabü'l-Hitân* (Beirut, 1994) ve İsa b. Mûsâ et-

değerlendirir. Duvar genellikle çatı (örtü) yapılmak üzere inşa edilir (s. 99). Davalarda beyyine üzerinde durulur. Zira beyyine mutlak hüccettir. Her ne zaman hüccetle istihkak ortaya çıkarsa tüm eserlerinde de mutlaka istihkak gerçekleşir. “Beyyine ile sabit olan muayene ile sabit gibidir” (Sadruşşehîd, 109).

Yine kitapta, evi satın almakla elde edilen haklar ve taşınmazdan sayılmayan şeylerde hak kazanılamayacağı belirtilir. Verilen örnekler bazıları şöyledir: Kişi bir duvar satın alsa, bunun altında da para bulsa, bulduğu para satıcıya aittir, yoksa alıcıya ait olmaz. Kişi bir balık satın alıp bunun içinden inci çıkarsa, inci alıcıya aittir. Çünkü balık da inci türünden sayılır (Sadruşşehîd, 112).

Müellif burada hakk'u'l-ibâd ve hakkullah kavramlarına da yer verir. Buna göre, dirinin hakkı ölünün hakkından önce gelir. Kulun hakkı da Hâlik'in hakkından önceliklidir (Sadruşşehîd, 113). Yine karışan haklarda sahiplik kıymete göre belirlenir.

İki ev arasındaki, evlere bitişik ve üzerinde yok olmayan duvarda hak sahipliği konusunda ihtilaf vardır. Ebû Hanife'ye göre ikisi arasında ortak olma durumuna bakılarak, Ebû Yusuf ve Muhammed'e göre ise binanın dış yüzüne bakılarak hüküm verilir. Zira bu iki imam hadisi esas alırlar. Rivayete göre Yemâme kabilesinden iki kişi bir duvar konusunda ihtilafa düştüler. Bunun üzerine sahabeden Huzeyfe b. Yemân'a gitti ve aralarında akit yapan kimse lehine hükmetti. Dönünce Peygamberimize geldi ve yaptığından bahsetti. Bunun üzerine Peygamberimiz “isabet ettin” buyurdu.¹²

Duvardaki hasır ve direklerde öncelik direk sahiplerine aittir. Sütre de hasır gibi değerlendirilir.

Müellif fakihlerden alıntılar yapar. Bunlardan birisi el-Hassâf'tır (Sadruşşehîd, 137).

Tuteylî'nin (ö. 386) *Kitâbü'l-Cidâr* eseri bunlar arasındadır (Azeb, 44). Yine duvar üzerine yeni yapılar ihdası (hakk-ı rükûb) ile “bey'ü'l-hevâ” (çatı üzerindeki alanı belirli bir süre -90 yıl gibi- kiralama veya satın alma) görülmektedir (Azeb, 46). Ayrıca duvarlardan pencere açılması halinde “zarar keşfi” yapılması üzerinde de durulmuştur. Malikin mülkünde başkasına zarar vermeyecek şekilde hak sahibi olmasına karşılık komşusunun özel durumlarına muttali olmasına neden olan faaliyet ve işlemleri yapma imkânı yoktur (Azeb, 48). Zarar keşfinde bilirkişi (ehl-i hibre) olarak mühendislerden yararlanılmıştır. Denetim de muhtesip, hâkîm (kadî) veya mimar başı tarafından sağlanmıştır (Azeb, 50).

¹² Suyûti, *Cem'u'l-cevâmi'*, thk. İbrahim el-Hâic, Abdulhamid Muhammed Nidâ ve Hasan İsa Abdüzzahir, (Kahire, 2. Bsk.), 19/675. Buhârî, *et-Târihu'l-Kebîr*, 583.

Duvara yeni direkler ilave edilmesi mülkiyet esasına göre belirlenir. Ancak burada Ebû Bekir el-Hârizmî duvara zarar verilmemesi, el-Cürcânî ise duvara zarar vermek yerine duvarın güçlendirilmesi (Sadruşşehîd, 144) esasıyla, zarar vermek ve zarara zararlarla mukabele etmek (ızzar) prensibini esas alırlar. Câmi ifadesiyle kural konulurken, iki kişinin mülkiyetinde olan duvarda, her birinin diğeri gibi yararlanma hakkına sahip olduğu belirtilir (Sadruşşehîd, 148).

Bayındır bir mahallede bir evin tahribi veya metruk bırakılması mahallenin harabî anlamına geleceğinden fakihler bunu caiz görmemişler ve istihsan deliline dayandırmışlardır (Mizzî, 157). Kadı ise böyle durumlarda maslahata göre hüküm verebilmektedir.

Eserde, dışarı çıkmış direkler konusuna da yer verilir. Bu kapsamda günümüzde tuvalet denilen helâ veya kenif yapıldığında ortaklardan zarar görenin buna mâni olacağı belirtilir. “Çünkü ev, bunun havası (üstü) ev sahibinin milkidir” (Sadruşşehîd, 163). Serdeb denilen yaz sıcağında binanın altında yer alan kısım, balua’ (atık su kanalı/بلواعة) yol, su yolu ile ilgili konularda da yer alır.¹³

Ev¹⁴ havasıyla (yukarıyla) semaya kadar, aşağıda da yerin dibine kadar malikine aittir (Mizzî, 163, 176).

Bir duvar yol tarafına meyleder ve yıkılmasından korkulursa tüm insanların, mülkiyet hakları olmasa da, bunun ortadan kaldırılmasını isteme hakları vardır (Sadruşşehîd, 183).

Eserde, ortak su dolabının bozulması halinde tamir edilmesi de ele alınır. Burada üç husus vardır: Birincisi onarımı, ikincisi bozulması

¹³ Bir kimsenin kendi hakkı olan bir konuda affetme hakkı olduğundan muhtesibin müdahale hakkı yoktur. Mesela bir kimsenin komşusu ile ilişkisinde doğrudan muhtesip müdahale etmez. Eğer şikâyet veya zarar olursa bunun ortadan kalkmasına yönelik tedbirleri alır. Komşunun bahçesine üstten uzanan dallar kestirilir ancak ağacın köklerine müdahale edilemediğinden buna karşı bir şey yapılamaz. Ama bazı görüşlerde ağaç sahibinin kesmesi emredilir. Ebû Hafs’ın rivayetine göre Semüre b. Cündeb’in ensardan birisinin duvarında bir hurma ağacı vardı. Bu ağaç zarar veriyordu. Bunun üzerine ona “onu sat” dedi. O da bunu reddetti. “Onu sök” dedi. Onu da reddetti. “Bunu yapmazsan onu hibe et, cennette de sana bunun benzeri verilecek” buyurdu. Onu da reddetti. Bunun üzerine Hz. Peygamber “Git ve hurmayı sök” buyurdu. (Ebû Dâvûd, Bâb fi’l-kazâ 3636) (el-Ferrâ, 300). Abdullah rivayeti ise şöyledir: Kişi evine bir hamam yapıp veya kuyu açıp da komşusuna zarar vermesini hoş görmezdi ve “zarar vermek ve zarara karşılık zarar vermek yoktur” buyurdu. Muhtesip, çarşı pazarlarda trafiğe, gelip geçenlere zarar verenlere engel olur.

¹⁴ Dâr, Arapçada bahçe içindeki eve/konağa denilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Ebû Bekr Şemsü’l-ime Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru’l-mârif, 1989), 15/18.

ve üçüncüsü de bölüşümüdür. Birinci halde ortaklardan birisi tamirini isteyip diğeri istemezse, diğeri buna zorlanamaz. Ancak kadı bu talebe izin verirse, ortağını kullanmaktan men edebilir. İkincisi de birinci konuya benzer. Üçüncü halde dolabın taksimine gidilmez, çünkü bu durumda dolabın fonksiyonu kalmaz (Sadruşşehîd, 195).

Hâit, mekânın kendisini çeviren şeye verilen isimdir. Dolayısıyla ihata etmek, çevirmekle ilgilidir.

Bir kişi duvarının alt kısmına, diğeri bir kişi de üst kısmına sahip olması halinde alta sahip olanın bu kısmı yıkması, üst kısma zarar vermemesi halinde geçerli olur. Zira kişinin, sahip olduğu duvarı satması, hibe etmesi ve tasadduk olarak vermesi hakkıdır. (Sadruşşehîd, 221)

Kişinin, mülküne ait olan arazide kuyu açması halinde başkasına zarar vermemesi şartı aranır (Sadruşşehîd, 208). Yine bir kişi yük taşıma için bir deve kiralarsa, buna ancak taşınması mutad olan şeyi yükleyebilir, yoksa fazla yük yükleyemez (Sadruşşehîd, 223).

Evler arasında fırın, değirmen gibi işletmelerin açılmasında da “fahiş zarar” prensibinden hareket edilmiştir. Nitekim hamam için olumlu görüş vardır. Burada “adet” yani genel kabul ve binanın zayıflatılması prensipleri gözetilmiştir. Aslında kişinin, kendi mülkünde istediği tasarrufu yapma hakkı vardır. Mesela kişinin evine hamam (burada kastedilen kişinin ailesinin ihtiyacı için tuvalet/banyo) yapması caizdir. Yine kendi ihtiyacı için küçük bir ocak/tandır yapması da caizdir. Ancak zararı açık olan bu gibi yapıları yapmasıyla başkasına zarar vermesi halinde, maslahat gereği “açık zarar” durumunda istihsanen, mülkiyetini istediği gibi kullanamaz (Sadruşşehîd, 230).

Eserde, iki kişinin ortak olduğu bir hamamda (tuvalette) onarım olması halindeki hukuki ihtilaflar da yer almaktadır (Sadruşşehîd, 238).

Üç katlı bir bina örneğinde her katın bir kişiye ait olması ve binanın yıkılması halinde durum tartışılır (Sadruşşehîd, 240).

Müellife göre *dârda* tuvalet ayrıdır ve yağmur sularının aktığı kısım vardır. *Beytte* ise bunlar yoktur. *Dârın* uluv (üst) hakkı dâhil tüm

hukuklarıyla satışı caizdir. Beyt satışında uluv dâhil değildir, menzilde ise dâhildir.¹⁵ (Sadruşşehîd, 243)

Günümüzde ortak kullanım alanları veya ortak mülkiyet içinde yer alan taşıyıcı sistem o dönemde, anlaşılan ferdi mülkiyet içinde yer almaktaydı. Ancak bu konu, zarar vermek ve zarara karşılık zarar vermemek prensibiyle çözülmüştür.

Üst katı birine, alt katı bir başkasına ait bir binadaki balkon aşağıdaki kişinin mülkiyeti üzerinde olduğundan onun sayılmıştır (Sadruşşehîd, 248).

Yine müellif, geçiş hakkının (hakk-ı mürûr) sabit olduğunu ve kısımet (paylaşım) konusunda hak sahibinin olduğunu belirtir (Sadruşşehîd, 248). Yükselme hakkı (teâlî) konusundaki görüşleri yer alır (Sadruşşehîd, 249).

Kitabın yazıldığı dönemde bazı evlerin diğer bazı evlere açıldığı anlaşılmaktadır. Nitekim “Duvarda başkasının evine (açılan) kapının varlığı” konusunda bu husus ele alınmıştır. Bu durum sokak ehlinin tasdiki ve beyyine getirilmesi ile çözüme kavuşturulmuştur. Yine sokağın tayini hem arz (genişlik) hem de tûl (uzunluk) olarak kadı tarafından tespit edilmiştir (Sadruşşehîd, 255). Burada da delil olarak ikrar ve beyyine kabul edilmiştir.

Eserde, evlerin temiz ve atık su sistemleri konusunda da bilgiler yer almıştır. Mîzâb (binaya yüksekten veya yüzeyden gelen su kanalı) konusu da aynı şekilde beyyine ile ispat edilmiştir. Sâkiye denilen küçük ırmak ile de sulama yapılmaktaydı. Eğer hak iddia eden kişi bunu beyyine ile ispat ediyorsa, bu irtifak hakkına sahip olmaktadır. Burada mesîl hakkı söz konusudur.

Mesîl hakkı ikiye ayrılmıştır: Birincisi yağmur suyu, diğeri kullanma (iğtisal) suyudur. Her iki su bir sayılmaz. Zira yağmur suyu yağmur yağdığı anda meydana gelir, kullanma suyu ise her gün ortaya çıkar. Yine bu suların azlıkları ve çoklukları da farklıdır. Buradaki ihtilaflarda hukuki deliller geçerlidir.

¹⁵ *Kamus-u Türki'*de dâr (mekân, mahal, büyük ev, birkaç daireyi içeren mesken, konak), beyt (ev, oba, hane, mesken, göz) ve menzil (ikametgâh, hane) farklı anlamlar ifade eder. Bu kavramların farklı dönemlerde değişik manalarda kullanıldığı görülmektedir. Ezc, uzun bina demek olup birden fazla kişinin farklı kısımlarında olduğu bina türüdür.

Su geçirme ile ilgili mesîl hakkında bir başka konu, su dolabından (kuyusundan) kanalla kendi tarlasını sulamak amacıyla başkasının mülkiyetinden geçmektir.

İki ev arasındaki hakla ortak suyolunun güzergâhının değiştirilmesi konusunda kanalın açık (mîzâb) ve kapalı (kanal) olup olmamasına göre farklı hükümler ortaya çıkmaktadır. Kanal yerin altında, mîzâb ise üstünde olur. Kişi kanalı mîzâb veya mîzâbı kanal yapmak isterse, yer sahibinin mülkiyet hakkı ve zararı ile irtifak sahibinin menfaati çatışır (Sadruşşehîd, 267).

Suyun aktığı sathın düzeltilmesi sathın sahibine ait olmakla beraber (toprak) suyolunu onarmak mîzâb sahibine aittir. Çünkü suyolu suyun akışını, o da menfaat sağlar (Sadruşşehîd, 273).

Su mesîlinin satışı ve hibesi, (özel) yolun satışı ve hibesi *el-Câmiu's-Sağir* adlı eserde büyü' konusunda yer almaktadır.

Çıkmaz sokaktaki ortak eve kapı açılması konusunda, eğer vârislerin her biri kendi hissesinde kapı açmak isterse iki görüş vardır: Birinci görüşe göre sokakta oturanların görüşleri alınır, ikinci görüşe göre sokak sakinleri istemeseler bile herkes kendi hissesinden kapı açabilir. Müellif de ikinci görüşü sahih olarak ifade eder. Zira miras bırakan kimse sağ olsaydı, burada tüm duvarı yıkarak kapı açabilirdi, bunun için de varislerinde de buna hakları vardır. (Sadruşşehîd, 279)

Odalara başka bir yönden kapı açılması odanın yolundan farklı görülür ve malikin buna hakkı olmadığı belirtilir. Buna örnek olarak Kûfelilerin "maksûra" dedikleri odalar gösterilir. Hatta bu konu için ek (fer') mevcuttur. Burada da gerekçe olarak, yolu kullananların artması ile zarar ortaya çıkacağı gösterilir (Sadruşşehîd, 281-286).

Zâiğa denilen çıkıntılar, Şeybânî'nin *el-Câmiu's-Sağir* adlı eserinde yer aldığından bu eserde zikredilmediği belirtilir¹⁶ (Sadruşşehîd, 287).

¹⁶ Kamusal alanlardan faydalanırken dikkat edilecek hususlar: Ebu Said el-Hudrî'nin bildirdiğine göre, Hz. Peygamber: "Sakın yollarda/yol kenarında oturmayın." buyurdu. Sahabeler, "Ey Allah'ın Resulü! Orada oturmaktan başka bir çaremiz yoktur. Oralar bizim bir araya gelip sohbet ettiğimiz mekânlardır." dediler. Bunun üzerine Hz. Peygamber şöyle buyurdu: "Eğer ille de oturacaksanız, hiç olmazsa yolun hakkını verin." "Yolun hakkı nedir?" diye sorduklarında ise, "Gözleri haramdan sakındırmak, (yolu kapatarak, yola

Müellifin esere aldığı başka bir konu, kapıların önünün kullanımıdır. Sokak veya caddelerde kapıların önündeki alanlar ev sahiplerinin özel mülkiyetine ait değildir. Buradan tüm Müslümanlar yararlanma hakkına sahiptirler. Ev sahipleri avluları dışındaki kamuya ait yolda bir şey yaparlarsa, her bir Müslümanın buranın kaldırılmasını talep etme hakkı vardır.¹⁷ Yine bu konu eş-Şeybânî'nin kitabına havale edilir (Sadruşşehîd, 289).

artıklar koyarak) eziyete etmekten / başkasına sıkıntı vermekten sakınmak, selam almak, iyiliği emretmek, kötülükten sakındırmak.” diye buyurdu.(Buhârî, Mezâlim, 22).

“Bir kimse büyük bir yola bir boru, bir cumba veya bir abdesthane çıkarır veya bir dükkân yaparsa, sıradan bir kimsenin onu kaldırma hakkı vardır”. Çünkü kamuya açık yoldan herkesin geçme, hayvanını geçirme vb. hakları vardır. Böyle bir yol “müşterek mülk” gibi kabul edilmektedir. Yolda çalışan kişi de başkalarına zarar vermemek şartıyla buradan faydalanabilir. Kanıt olarak da “İslam’da zarar vermek ve zarara zararlar karşılık vermek yoktur” hadisi getirilmiştir. (İbn Mâce, Ahkâm 17)

Ortak mülkiyetlerde de mülk sahiplerinin izni aranmıştır. Hatta burada zarar şartı aranmaksızın, zarar olmasa da izin (iftiyât) üzerinde durulmuştur.

Kamuya ait yolun kullanılmasında da sorumluluklar üzerinde durulmuştur: “Yolda bir cumba, bir boru veya bunun gibi bir şey koyup da bir kişinin üzerine bu düşse ve bundan zarar görse veya ölse bunu koyan kimsenin âkilesi diyeti öder”. Çünkü bu kimse, onun zarar görmesine sebep olmuş yolu işgal ederek zarar vermiştir. Bundan dolayı tazmin borcu vardır. Hukukçular burada “teaddî” üzerinde durmuşlardır. Yol (meydan, bulvar, kaldırım gibi kamu alanları) hakkındaki teaddî, buralara bina veya eklenti yapmak, işgal etmek, tecavüz etmek, kazı yapmak gibi imarla ilgili ya da buralara atık ve benzeri şeyleri atmak şeklinde olabilir. Bu konu muhtesibin görevleri arasında olmakla beraber Memlûkler döneminde özel olarak “yolların denetimi (şed)” görevlileri olmuştur (Azeb, 36).

¹⁷ *Hidâye*'de kamuya ait yollarda eylemlerle ilgili konudan sonraki fasıl, mâil duvarlar hakkındadır. Buna göre “Duvar, Müslümanların yoluna doğru meyletmişse, sahibinden bunu kaldırması ve düzeltmesi istenilir.¹⁷ Kaldırılması için verilen müddet içinde kaldırmayıp duvar düşse, bir can veya mal kaybına sebep olmuşsa sahibinin tazminat borcu doğar”. Burada da konuya hukuk ilkeleri açısından yaklaşılarak “kıyasen tazminat borcu doğmaması gerekirdi, çünkü kişinin doğrudan duvarın yıkılmasında katkısı yoktur. Binanın aslı, kişinin mülkiyetindedir. Ancak duvarın eğrilmesi kişinin eyleminden kaynaklanmamıştır. Fakat istihsan bakımından duvar yola doğru meyletmişse kişinin mülkiyeti insanların haklarına tecavüz etmeye başlamıştır. Dolayısıyla bunu kaldırmak duvar sahibinin elindedir. Bu durum, duvar sahibine söylendiğinden onun da bunu yerine getirmesi gerekir. Eğer bunu yapmazsa müteaddî olmuş olur. Duvar sahibi eğrilen duvarını düzeltmezse yolu kullananlar bundan zarar görebilirler. Hâlbuki genel zararı (zarar-ı âmm) gidermek bir zorunluluktur.” Burada Mecelle’de zikredilen 25. kural verilmektedir: “Nice ferdî zarar var ki, genel zararı gidermek için buna katlanılır.” Duvar yıkılsa ve insan zarar görse, bunun diyeti gerekir. Hata türünden bir cinayet olduğundan âkile üzerine yüklenir. Malı veya hayvanı zarar görürse bunu sahibi öder.” Burada tekaddüm (duvarın düzeltilme talebi) şart görülmektedir. Hatta işhâd (şahit getirme) inkâra karşı kanıt sunma bakımından gerekli görülmektedir. Kanaatimizce bu konu o günün örfüyle ilgili olup günümüzde mal sahibinin mülkiyetini gözetim borcu herhangi bir taleple ilgili değildir.

“Başlangıçta duvar meyilli olarak yapılmışsa, şahit getirmeksizin duvarın yıkılmasıyla ortaya çıkan zarar tazmin edilir.” Çünkü bu durumda duvar yapılırken “teaddî” ile başlamıştır.

Bu konuda fıkıhçılar “tekaddüm” yani duvarın tamiri veya yıkılması talebi üzerinde durmaktadır. Bu talebi yapanın Müslüman, gayrimüslim, erkek, kadın, hür veya köle olması

Müellifin atf yaptığı bir kitap da el-Hassâf'ın *Kitâbü'n-Nafakât* adlı eseridir. Nitekim müellif ortaklıkta harcamalar konusunu buraya havale eder (Sadruşşehîd, 290).

Kitapta ele alınan son konular tarımsal amaçlı kuyu, nehir ve sulamadır.

- Özel su yolu (nehir) suyunun başkasının arazisinden kendi tarlasına ulaşması,
- Ortağın kuyu, pınardaki iyileştirme ve tamirden kaçınması ele alınmıştır. Müellif yine bu konularda el-Hassâf'ı kaynak gösterir (Sadruşşehîd, 294).

İRTİFAK HAKLARI

“Sözlükte ‘bir şeye dayanmak, ondan faydalanmak’ anlamına gelen irtifak, fıkıh terimi olarak bir akar üzerinde başkasına ait diğer bir akar yararına kurulmuş olan ve hak sahibine sınırlı bir yararlanma sağlayan aynî hakları ifade eder. Eşya hukukundaki sınırlı aynî haklar ve bunlardan biri olan irtifak hakkı, İslâm hukuku literatüründe baştan beri ele alınan bir konu olmasına rağmen fıkıhın gelişim ve tedvininde izlenen metot ve sistematüğün farklı ve bunun sonucunda aynî haklarla ilgili temel sınıflamaların kendine özgü oluşu sebebiyle, klasik dönem eserlerinde günümüz hukuk dilinde taşıdığı içerikte bir irtifak hakkı terimine veya böyle bir konu başlığına rastlanmaz; ancak kavramın ilgili konular arasına serpiştirilmiş şekilde ele alındığı ve değişik kelimelerle ifade edildiği görülür. Bundan dolayı irtifak teriminin İslâm hukuk literatürüne girişi nispeten yenidir.”¹⁸

İrtifak bir şeyden faydalanma demek olup, nâkıs (eksik) mülkiyet hakları içinde yer alır. Bir akarın diğer bir akar üzerindeki aynî hakkıdır. İrtifak hakkı ile şahsî intifa hakkı aynı olmayıp aralarında farklılıklar vardır. İrtifak hakkı bir akar üzerinde daimi bir haktır.

arasında fark yoktur. “Çünkü insanlar yolu kullanmakta ortaktırlar (eşit haklara sahiptir).” Bu talebin sultana veya başkasına verilmesi caizdir. Ayrıca duvarın tamiri veya yıkılması için uygun bir süre verilmesi belirtilmektedir.

“Enkazı kaldırırken zarar verirse bunu tazmin eder. Duvarın üzerinde bir testi ile zarar verirse, kendisinin mülkiyetinde olan bir testi ise tazmin eder. Eğer başka birisinin testisi ise tazmin etmez.” Burada da zarara yol açan şeyin malikine bakılmıştır.

“Duvar birden fazla mesela beş kişiye ait ise bunlardan birisine şahit getirilirse diyetin beşte biri âkile tarafından tazmin edilir.” Burada da mülkiyetteki paylar üzerinde durulmuştur.

¹⁸ Hacak, Hasan. <https://islamansiklopedisi.org.tr/irtifak>.

Bunun nedenleri iştirak-i âmm, akitlerde şart koşulma ve tekaddümdür. Burada da zarar vermemek prensibi geçerlidir.¹⁹

İslam hukukunda kurumsallaşmış olan irtifak türleri şunlardır:

- Hakk-ı şîrb (su alma hakkı), hakk-ı şûrb veya hakk-ı şefe (su içme hakkı)
- Hakk-ı mürûr (geçiş hakkı), geçit hakkı
- Hakk-ı karâr (inşaat hakkı), hakk-ı teâlî, hakk-ı hevâ
- Hakk-ı mecrâ (geçiş hakkı), hakk-ı mesîl
- Hakk-ı vaz'ül-ceza (kiriş koyma hakkı)
- Hakk-ı ilkâü's-selc (kar kürüme hakkı)

Günümüzde bu haklara ilave olarak pencere açmama, manzara, engel (sütne) koyma, çöp dökme ve civar (komşuluk) hakları yer almaktadır.

Komşuluk (civar) hukuku inşaat faaliyetlerinde dikkate alınan konulardır. Nitekim bir bina yapımında önce komşuların izninin istendiği, mahkeme kayıtlarında yer almaktadır. Yine komşularına zarar verenlerle ilgili şikâyetler de bulunmaktadır (Azeb, 40-41). Sahipsiz arazilerin ihyası (ihyâu'l-mevât) kamunun iznine bağlı olduğu gibi buraların fert ve toplumun yararına değerlendirilmesi, çevre halkına zarar verilmemesi gözetilmiştir. Civâr (komşuluk) hakkı evlerin birbirlerine yakınlığından kaynaklanır. Açık zarar halinde komşuların bundan hem dinen hem de hukuken sakınmaları gerekir.²⁰

Mürûr hakkı ve mesîl hakkı da irtifak haklarındandır. Havadan faydalanma ise herkesin hakkıdır.

¹⁹ Kamusal alanlardan faydalanma hakkı oraya ilk gidene aittir. Buna ihtisas hakkı da denilir ("İrfak" olarak da bilinmektedir.) Kamuya ait olan cadde, alan gibi yerlerden faydalanırken başkasına veya çevreye zarar vermemek esastır. Mesela caddelerde alışveriş yapılması gelip geçenlere zarar vereceği için mekruh görülmüştür. Hatta burada devletin iznini de itibara almayanlar vardır. Ancak insanlar arasında sorunları çözmek, teaddîyi önlemek, insanların gelip geçişlerine engel olmamak için resmi izin tercih edilir. Bu tür yerlere önce gelen, hak sahibi olur. Bu konularda da beldenin örfü ve âdetine itibar olunur (el-Ferrâ, 226).

²⁰ Malikin gelip geçenlere zarar vermeyecek şeyleri evinin duvarına asma hakkı vardır. Dini yönden de komşuların haklarına özen gösterilmesi önemlidir. Zira "Kendisinden komşusunun emin olmadığı kişi cennete giremez."

İster bina yapımı veya kullanımı isterse yoldan gelip geçenlere zarar verme şeklinde olsun cadde ve sokakların düzenine önem verilmiştir. Hatta cami ve mescitlerin mimarilerinde cadde ve sokaklara göre düzenleme yapılmıştır (Azeb, 32).

Ticari ve ekonomik alanların düzenlenmesi de şehir düzenlemelerinde önemli bir yere sahiptir.²¹

Günümüzde hala önemli sorun olan imara aykırı yapılan kaçak ilavelerle ilgili bazı hükümler de kitaplarda yer almaktadır. Mesela “bir kimse yola sarkan bir (yapıya) başlar sonra da evi satarsa, bu ilave kısım düşer ve bir kimseyi öldürürse **tazminatı satıcı öder**. Aynı şekilde yola bir(doğru) bir giriş koyar, sonra bunu satarsa, bundan da sorumlu olmadığını (belirtse bile) bu ilaveyi satın alan kimse bırakır ve bu da bir kimsenin ölümüne yol açarsa tazminatı satıcı öder”. Gerekçe şöyledir: “Çünkü kişinin yaptığı iş, o ilaveyi yapmaktır. Bundan dolayı mülkiyetin el değiştirmesiyle sorumluluk ortadan kalkmaz.” Yine “yola (kül içinde) kıvılcımlar koyarsa, bunun üzerine yolda bir şey yansa bunu tazmin eder”. Çünkü bu yaptığı şey başkalarının haklarına tecavüz demektir. “Eğer, bu kıvılcımları rüzgâr başka bir yere sürükler ve orada bir yeşil yakarsa, tazmin etmez”. Ancak başka bir görüşe göre, rüzgârlı bir havada yaparsa tazmin eder. Çünkü rüzgârlı bir havanın yangına sebep olacağını bilmelidir. Bu durum mübaşeret sayılır.

İnşaatlarda kurulan iskele ve benzeri tesislerin sorumluluğu şöyle düzenlenmiştir: “Ev sahibi sundurma veya gölgelik yapmak üzere işçiler tutup, sonra bu yıkılsa ve işçilerin, işlerini bitirmeden önce ölümüne sebep olursa, sorumluluk işçilerindir”. Çünkü ölüm işçilerin fiilleri sebebiyle olmuştur. Eğer işçilerin işi teslimlerinden sonra olmuşsa, sorumluluk istihsanen ev sahibinindir. Çünkü işçiler ücretlerini hak etmişler ve onların işleri yapım ve onarım olmuştur. Sonra işçilerin yaptıkları işler ev sahibine geçmiş, sanki kendi yaptığı iş gibi olmuştur. Dolayısıyla tazminat borcu doğmaktadır.

²¹ Kahire ve Reşid şehirlerinde esvak (çarşılar), kayasire (Yunanca bir kelime olup, bir cadde üzerindeki çarşı demektir), vekalat (daha çok toptancılar için yapılan çarşı) yer almıştır (Azeb, 55). Çarşılarda uzmanlaşma ve buna bağlı olarak civâr hakkı üzerinde durulmuştur. Buralarda da iki kural olan “zarar ve zarara karşılık zarar vermek yoktur” ile “sedd-i zerâi” üzerinde durulmuştur.

Kamuya ait bir yolda veya (başka bir alanda) kişilerin yaptıkları işlerle ilgili sorumluluklardan bir örnek olay da şöyledir: “Kişi yola su döker veya serper veya abdest alıp da bundan dolayı bir kişi veya hayvan zarar görür veya ölürse tazmin borcu doğar. Çünkü böyle yapmakla kişi, yoldan gelip geçenlere zarar vermiş olur. Ancak bu durum, kişinin oturduğu veya eşyasını koyduğu çıkmaz sokakta yapılmışsa tazmin borcu doğmaz.” Zira ortak kullanılan bir ev (müşterek ev) de olduğu gibi, bu durum oturmanın gereği olarak her bir ortağın yapabileceği bazı hususlardan sayılır. Ama ayağı kaydıracak kadar çok miktarda su dökülürse tazmin borcu doğar. Az miktarda ya da normal ölçülerde olursa tazmin söz konusu olmaz.”²²

Fıkıh kitaplarında bu konuda gözetilen hususlardan biri de, bir kabile veya gruba ait olan ortak mülkiyet konusudur: “Eğer bir mescit bir kabilenin olup bu kabileden bir kimse buraya bir kandil, mum asar veya buraya bir sergi koyar ya da çakıl serer de bununla bir adam zarar görürse, bunu tazmin etmez, kabile dışından birisi yaparsa tazmin eder.” Çünkü Ebû Hanife’ye göre mescitle ilgili tedbirleri almak kabile üyelerine ait olup diğerlerinin görevi değildir. Devletin görevlendirmesi de böyledir. Burada selamet şartı aranmamıştır. Oysa başkasının yaptığı iş, ister teaddî isterse

²² “Kim insanların yolunda bir kuyu açar veya bir taş koyarsa, bundan dolayı bir kişi zarar görür (ölürse), bunun diyeti âkile üzerinedir, hayvanın tazminatı da kendi malındandır. Çünkü başkalarının haklarına tecavüz etmiştir. Bundan dolayı da tazminat borcu doğar. Âkile insanla ilgili ödeme yapar, malla ilgili yapmaz. Yola toprak veya çamur atmak da taş koymak gibidir. Ancak bir kimse pislenen yolu temizler ve burada birisi zarar görürse tazminat borcu doğmaz. Çünkü yolu temizlemekle teaddî oluşmayıp, yoldan zararlı maddeleri kaldırma amacı vardır. Buna karşılık atıkları yolda toplayıp, bununla birisi takılıp zarar görse yaptığı işteki teaddîden dolayı tazmin borcu ortaya çıkar.”

“Eğer devlet yolda sarnıç veya kuyu gibi bir hafriyatı açmasını ister veya zorlarsa tazminat borcu ortaya çıkmaz. Nitekim bu emri kamu hukukunda yetkili bir makam vermiştir. Eğer bir emir olmadan yaparsa tazmin borcu ortaya çıkar.” Kamuya ait yollarda insanların faydalanmaları “selamet şartıyla” sınırlandırılmıştır. Hâlbuki kişinin kendi mülkiyetinde kazdığı kuyuda tazminat borcu doğmaz. Buna karşılık kamuya ait veya ortak mülkiyette olursa teaddî sebebiyle tazmin borcu çıkmaktadır.

Şu hüküm günümüz şartlarında yeniden ele alınabilir: “Bir kişi işçi istihdam eder, o (onlar) da kişinin mülkiyeti dışında bir yeri kazarsa ve başkasına zarar verirse işçiler tazmin eder”.

“Devletin izni olmaksızın köprü yapsa, bir kişi de buradan geçmeye teammüd etmek ister ve zarar görürse bunu yapanın tazmin borcu olmaz. Yine yola tahta koyup da bir kişi bunun üzerinden geçmeye teammüd ederse ve zarar görürse tazmin borcu ortaya çıkmaz”.

“Bir kimse yolda bir şey taşıırken, birisinin üzerine düşse, o da zarar görse tazminat borcu doğar.” Çünkü bir şeyi taşıyan, onu korumak zorundadır. Bunun da zararsız olması gerekir. Ancak, İmam Muhammed âdet olmayan bir şeyi giyen kimseyi de buna benzetmiştir.

mübahlık olsun selamet şartını gerektirmektedir. Burada bir kaide belirtilir: Kurbet kastı, ğaramete münafi değildir. Yani Allah’a yakınlaşma amacıyla yapılan işlerde sorumluluk ortadan kalkmaz. Nitekim Ebû Berze (ra) şöyle demiştir: Ben: “Ey Allah’ın elçisi, bana faydalanacağım bir şey öğret” dedim. O da (s.a.s): “Müslümanların yolundan onlara sıkıntı veren şeyleri kaldır” buyurdu.²³

Ebû Hüreyre’den rivayetle Peygamberimiz şöyle buyurmuştur: “Bir adam yolda yürürken yol üzerinde bir diken buldu ve bunu alıp yoldan dışarı çekti. Allah onun bu davranışını kabul buyurdu ve günahını bağışladı.”²⁴ Diğer bir rivayette “Yol ortasında insanlara eziyet veren bir ağacı kestiğinden dolayı gezip dolaşan bir kimse gördüm” buyurulmuştur.²⁵ Bu iki hükmü yani bir yandan Peygamberimizin tavsiyesi diğer yandan da kamuyla ilgili sorumluluk değerlendirildiğinde kamuya yönelik iyilik amacıyla yapılan işlerde dikkatli davranma, rastgele iş yapmama ve sonuçlarını değerlendirmenin gereği ortaya çıkmaktadır.

Osmanlılarda şehir içinde ve dışında yeni bina yapabilmek veya eskiyi tamir edebilmek için yalnız mimar başından değil birçok yerden de izin ve ruhsat almak gerekmektedir. Hatta inşaatlara ruhsat alınırken belirli rakamda para da verilirdi.²⁶

²³ Müslim, Birr 131,132; İbn Mâce, Edeb 7; Ahmed b. Hanbel, Müsned, IV/420, 422, 424.

²⁴ Buhârî, Ezan 32.

²⁵ Müslim, Fazlu izâleti’l-ezâ ani’t-tarîk 129.

²⁶ Bina (ebniye) işleri önceleri mimarbaşı, şehremini ve sonra ebniye müdürü tarafından gerek bireysel gerekse ortak olarak 1285/1869 tarihine kadar yerine getirilmiş, sonra bu işler Nafia Nezaretinden ilgisi kesilerek belediyeye bağlanmıştır (Ergin, O. N. 2/927 v.d.). Ebniye İdaresinin Ticaret Nezaretine bağlı olduğu zamanlarda yaptığı işler 1281/1864-1865 tarihli Ebniye memurlarının *Sûret-i Tertip ve Tayiniyle Vezâif-i Memuriyetlerini Hâvi Nizamnâme*’sinde açıklanmıştır. Kadıların îâşe, zabıta konuları yanında ebniye konularında da müdahaleleri olmuştur (Ergin, O. N. 1995, 1/296). Osmanlılarda son dönemlerdeki kanunlaşma hareketiyle bu konularda yeni düzenlemeler olmuştur. Bunlardan bazıları şöyledir (Ergin, O. N. 1995, 4/1673 v.d.): 1280/1863 *Turuk ve Ebniye Nizamnâmesi*²⁶, *Her Nevi Ebniyeden Alınacak Harc ve Rûsumat Nizamnâmesi*, 15 Rebiulevvel 1281 *Ebniye memurlarının Sûret-i Tertip ve Tayiniyle Vezâif-i Memuriyetlerini Hâvi Nizamnâme*, Keşif Bedelleri ile ilgili nizamname, Boğaziçi’ndeki rıhtımlarla ilgili nizamname ve diğer bazı nizamnameler ve 18 Muharrem 1309/1891 ve 11 Ağustos 1307 tarihli *Ebniye Kanunu*.

Tanzimattan önce kargir bina yapılması Müslümanlara özgü olup gayrimüslimler hem inşaat türü hem de yükseklik olarak bazı sınırlamalara tabi idi. Ancak bu kurallara rağmen İstanbul’daki gayrimenkullerin büyük bir kısmının kargir olduğu görülmektedir (Ergin, O. N. 2/997, 1022). Yine eski vesikalardan anlaşıldığına göre bazı dükkânlarda hangi işlerin yapılacağı belirlenerek yükseklikleri belirlenmiş, dükkân üzerine oda inşa edilmesi yasaklanmıştır (Ergin, O. N. 2/998). Ancak ebniye kanununun bazı maddeleri (yükseklik maddesi) uygulanmamıştır.

SONUÇ

Şehir ve meskenle ilgili klasik fıkıh kitapları, örneğin *Hidâye* kitabının yazıldığı ve okutulduğu bölgelerdeki insanların ve Müslümanların toprak ve taştan yapılan sabit evlerde yaşadıklarını göstermektedir. *Hidâye* yazarı ve diğer Horasanlı hukukçuların şehirleşme ve imarla ilgili hükümleri, toplumların göçebe olarak değil toplum olarak şehirler veya köylerde yerleşik hayat yaşadıklarını da göstermektedir. Zira tahlilini yaptığımız eserin müellifi Sadruşşehîd, meşhur *Hidâye* sahibinin hocasıdır.

Sadruşşehîd, *Kitabü'l-hîtân*'da konuları mülkiyet prensibi içinde ele alır. Kişi mülkiyetinde mutlak tasarruf yetkisine sahip olmakla beraber bir selamet şartı olarak mülk ve süknâda tedbir sorumluluğuna da temas edilmiştir. Eserde, ortak mülkiyet ile kamu mülkiyetinde olan alanlardaki sorumluluk arasında fark gözetilmiştir. Hatta bu tür niteliğe sahip mescitlerin yönetimi ve bunun sonucunda ortaya çıkan tazminatlar konusunda farklı görüşler belirtilmiştir.

İmar ile ev düzenlemeleri hususunda kamunun tasarrufunun bulunmadığı görülmektedir. Ancak kâdı (hâkim) gözetiminde nizaların çözüldüğü ve genel prensiplerin tespit edilmiştir.

İstanbul'da şehirle ilgili yeni düzenleme getirilmesinin sebebi, Tanzimat paşalarının (Reşid, Fuad, Âli) Avrupa beldelerini ziyaretlerinde oralarda gördükleri mamuriyet, düzen ve temizliğin İstanbul'da olmadığını anlamaları, bir diğeri de İstanbul'daki yangınlardır (Örneğin Hocapaşa Büyük Yangını) (Ergin, 2/937).

İstanbul'da kaldırım tamiratlarına en başta yeniçeri ağası ve mimarbaşı olmak üzere eski şehreminleri karışır ve kadılar da şehrin genel hâkimi olarak işe müdahale ve nezaret ederd. Bu konuda Divan-ı Hümayun kayıtlarında İstanbul kaymakamına ve kadısına emirler mevcuttur. Buna göre büyük yolların kaldırımı devletten (canib-i mirîden) tamir olunup diğer mahalle ve dükkânların aralarındaki yolların kaldırımı, sahiplerinin hisselerine düşen kısmı ile yapmaları hakkında ferman vardır. Bu fermana uymayanlar mahalle imamı tarafından kolluk güçlerine (zabitler) bildirilip bunlar aracılığıyla tamir ettirilecektir. Vakıf dükkânlarının önleri ilgili vakıf tarafından yapılacaktır. Yolların düzenlemesiyle ilgili olarak 1283 yılında İslahat-ı Turûk Komisyonu kurulmuş, 1285 yılında ise bu görev Dersaat İdare-i Belediyeye Nizamnâmesiyle emanete devredilmiştir (Ergin, 2/1073-1075).

Şer'îye Sicillerinde mülkiyet davalarında tarik-i âmm ve tarik-i has konuları çokça yer almaktadır. Buna örnek olarak şu verilebilir (Sak, İzzet; Çetin, Cemal. 45 Numaralı Konya Şer'îye Sicili (1126-1127/1714-1715, Transkripsiyon ve Dizin) Selçuklu Belediyesi Kültür Yayını: 28. Konya, 2008): Yine bir davada, evinin duvarına yağmur suyu için delik açan birisine komşusu, kendisine zarar veriyor diye deliğin kapatılmasını talep etmiş, mahkeme ilgili mahallenin imamı ve bir diğer komşuyu da çağırarak zararın büyük olup olmadığına göre hüküm vermiştir (*Konya Kadı Sicili 11, (1071-1072/1661-1662.)* Hazırlayan İzzet Sak. Transkripsiyon ve Dizin, Konya Büyükşehir Belediyesi Yayını, Konya, 2104. s.141).

Müellif, *el-Hitân*'da ihtilaflar özel hukuk içinde mülkiyet esas olmak üzere ele almıştır. Şehrin yönetimindeki emir, malik gibi yöneticiler hakkında idari düzenleme yapılmamış, ancak kâdılar vuku bulan imarla ilgili hukuki davaları çözmüşlerdir.

Tespitlerimize göre, fıkıh kitaplarında kamuya ait yerlerin kullanımı ile ilgili konular ele alınırken, verilen örnek olaylarda üzerinde ittifak edilen hususların, ihtilaf konularına göre daha az olduğu sonucuna varılmıştır. Burada da şehir planlaması ve imarla ilgili sarfî nasların (açık hükümlerin) zikredilmemiş, fıkıh kitaplarında bu konular içtihatlarla bırakılmıştır. Söz konusu cezalar da naslarla belirlenmediğinden güncel düzenlemelere imkân tanımıştır. Klasik fıkıh kitaplarındaki imarla ilgili cezalar, “zarar vermek ve zarara zararla karşılık vermek yoktur”²⁷ hadisi ile “Mecelle 92: mübâşir, müteammid olmasa da zâmin olur” ve “Mecelle 93: müteabbib müteammid olmadıkça zâmin olmaz” gibi külli kaidelerden hareketle tespit edilmiştir. Böylece tazminin illeti teaddîdir. Teaddî ise başkasının hakkındaki tasarruf, resmi makamlardan izin almadan iş yapma ve kamuya ait alanlarda selamet şartına uymamakla ortaya çıkar.

İçtihadada açık meselelerde farklı içtihatların ileri sürülmesi gayet tabidir. Dolayısıyla yukarıdaki görüşlerin İslam hukuku açısından değişmez olduğu söylenemez. Günümüzde bunları yeniden yorumlamak mümkündür. Nitekim sanayi devrimi ile beraber teknoloji, yerleşim yerlerini, insanların yaşadıkları konutları ve çalışma yerlerini ciddi şekilde değişikliğe uğratmıştır. Bu nedenle apartman, site, alışveriş merkezleri, çarşılar, organize sanayi bölgeleri gibi yeni oluşumlar ortaya çıkmıştır. Bu değişimin en büyük etkisi çevrede olurken iklim değişikliği de insanlığın yeni gündemine giren olgulardan olmuştur. Şehirlerin büyümesiyle ortaya çıkan sorunların çözümünde gerekli olan yatırımlar; mesela havaalanları, tüneller ve metroların açılması ve işletilmesi faaliyetlerdir. Günümüzdeki şehirleşmeyle imar konuları, mimarlık, mühendislik, hukuk, iktisat ve kamu yönetimi gibi birçok farklı ilim dalının dahil olduğu interdisipliner bir yaklaşımla incelenmektedir.

²⁷ İbn Mâce, Ahkâm 17.

KAYNAKÇA

- Atar, Fahrettin. "Şürût ve Sicillât". *DİA*. 39: 270-273. İstanbul: TDV Yayınları, 2010.
- Azeb, Halid. (1997). *Fıküh'ül-ıvâretî'l-İslâmiyye*. Kahire, Darü'n-Neşr li'l-Camiat.
- Ebû Bekr Şemsü'l-eimme Muhammed b. Ebî Sehl Ahmed es-Serahsî, *el-Mebsût* (Beyrut: Dâru'l-mârife, 1989), 15/18.
- ed-Dirînî, F. (1998). *Nazariyyetü't-teassüf fi isti'mali'l-hakk fil-fikhi'l-İslâmî* (2. Baskı). Beyrut: Müessesetü'r-Risale.
- el-Ferrâ, Ebû Ya'lâ Muhammed b. el-Hüseyn. *el-Ahkâmü's-Sultâniyye*. Dâru'l-Kütübî'l-İlmiyye, Beyrut, 1403/1983.
- Ergin, O. Nuri. (1995). *Mecelle-i Umûr-u Belediyye*. İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanlığı, Kültür İşleri Daire Başkanlığı, Yayın No: 21.
- Esen, Adem. (2019). *Mal, Mülkiyet ve Piyasa*. İstanbul, İktisat Yayınları, İkinci Baskı.
- Hacak, Hasan. "İrtifak maddesi". *DİA*. 22: 460-464. İstanbul: TDV Yayınları, 2000. <https://islamansiklopedisi.org.tr/irtifak>.
- Kala, Ahmet. (2018). "İpekyolu Şehirlerinin Ortaya Çıkışı". *Avrasya Dosyası*. 2018 Sonbahar, Cilt 11, Sayı 1.
- Mizzî, Abdullah Nezir Ahmed. (2014) "es-Sadrü's-şehîd. *Kitâbü'l-hîtân, dirase fıkhiyye li ahkâmi'l-binâ ve'l-irtifak*" Tahkiki el-Mektebetü'l-Mekkiyye, Beyrut.
- Özçelik, İsmail. *Türk Kültüründe Ev-Bark Kavramlarına Dair Bazı Tespitler*. Altay Toplulukları Mesken ve Mesken Kültürü. Editörler: Şahin, İ; Solak, F. vd. Türk Dünyası Belediyeler Birliği Yayını, İstanbul, 2019. (s. 41-53).
- Özel, Ahmet, *Hanefi Fıkıh Alimleri*, Türkiye Diyanet Vakfı Yayınları, 2013.
- Özel, Ahmet. Ebû Hafs (Ebû Muhammed) Hüsâmüddîn es-Sadrü's-şehîd Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî (ö. 536/1141). *DİA*. 35: 425-427. İstanbul: TDV Yayınları. <https://islamansiklopedisi.org.tr/sadrusehid>.
- es-Sadrü's-şehîd. Hüsâmüddîn Ömer b. Abdilazîz b. Ömer b. Mâze el-Buhârî. (2014). *Kitâbü'l-hîtân, dirase fıkhiyye li ahkâmi'l-binâ ve'l-irtifak*. Thk: Mizzî, Abdullah Nezir Ahmed. el-Mektebetü'l-Mekkiyye, Beyrut.
- Sak, İzzet (Hazırlayan). *Konya Kadı Sicili 11 (1071-1072/1661-1662. Transkripsiyon ve Dizin)* Konya Büyükşehir Belediyesi Yayını: Konya, 2104. s. 141.

Sak, İzzet; Çetin, Cemal. *45 Numaralı Konya Şer'iyе Sicili (1126-1127/1714-1715, Transkripsiyon ve Dizin)*. Selçuklu Belediyesi Kültür Yayını: 28. Konya, 2008.

Suyuti, *Cem'u'l-cevâmi'*, thk. İbrahim el-Hâic, Abdulhamid Muhammed Nidâ ve Hasan İsa Abdüzzahir, İkinci Baskı, 25 cilt, Kahire 1426/2005.

Şimşek, Murat. *İslami İlimlerin Metodolojisini Yeniden İdrak - Özbekistan ile Türkiye'nin Tarihi Misyonu*.

<https://www.alukah.net/sharia/0/141285/#ixzz6zONBVjc0>

İSLÂM CEZA HUKUKUNDA KASTEN YARALAMA SUÇU BAKIMINDAN ORGAN NAKLİ

*Mustafa ÜNAL**

Öz

Kasten yaralama suçu bakımından korunan hukuki yarar, vücut bütünlüğü olarak karşımıza çıkmaktadır. Bu hukuki yararın ihlali durumunda failin ceza hukuku sorumluluğu doğacaktır. Ancak bazı durumlarda kişilerin vücut bütünlükleri ihlal edilse de failerin ceza hukuku sorumluluklarından bahsedilemez. Bu durumlarda fiili hukuka uygun hale getiren bir neden mevcuttur.

Hukuka uygunluk sebepleri meşru savunma, görevin ifası, hakkın kullanılması, ilgilinin rızası ve zilyetliğin korunması şeklinde tasnif edilebilir. Görevin ifası kapsamında hekimin mesleğinin icrası ve ilgilinin rızası kasten yaralama suçunda gerekli şartlar da bulunduğu takdirde birer hukuka uygunluk sebebi arz etmektedir. Bu nedenlerin bulunması halinde, fiil ile kişinin vücut bütünlüğü ihlal edilmiş olsa da failin sorumluluğuna gidilmeyecektir. Bu iki hukuka uygunluk sebebi ile bağlantılı olarak organ nakli meselesi de incelenebilir. Nitekim organ nakli yapılan kimsenin vücut bütünlüğü, ilgili fiil ile ihlal edilmiş olmaktadır. Dolayısıyla hukuka uygunluk nedenleri ile birlikte organ naklinin değerlendirilmesi gerekmektedir.

Organ naklinin hukuka uygun olup olmaması İslâm hukukçuları arasında tartışmalı bir konudur. Günümüzde organ naklinin hukuka uygunluğuna yönelik görüşler ağırlık kazanmıştır. Ancak organ nakli mutlak anlamda değil, gerekli şartları taşıdığı takdirde bir hukuka uygunluk nedeni teşkil edecektir. Bu bakımdan organ naklini gerçekleştiren fail, failin fiiline ve mağdura yönelik şartlar göz önüne alınmalıdır. Kasten yaralama suçu bakımından, kişinin vücut bütünlüğünü ihlal eden fiilin, organ nakli nedeniyle hukuka uygunluk sebebinden yararlanabilmesi için işlemi yapanın hekim olması, tıbbi metotların uygulanması, tedavi kastı ile hareket edilmesi, ilgililerin rızasının bulunması ve bu işlemin maddi bir menfaat karşılığı yapılmaması gerekli şartlardandır.

Vücut bütünlüğü ihlal edilen kişinin rızasının, ceza hukuku bakımından hukuka uygunluk nedeni teşkil etmemesi durumunda dahi, ilgili rıza failin cezalandırılabilirliğine etki edecektir. Bu rıza, özellikle failin kısas ve diyetten dolayı sorumlu tutulmamasına yol açabilecektir. Ancak burada bir ayrım söz konusu olacaktır. Fiil hukuka uygun hale gelmediği için kısas ve diyetten ötürü fail sorumlu tutulmasa dahi, tazir ile

* Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, İslam Hukuku Anabilim Dalı, mustafaunal@erbakan.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-3454-9694.

cezalandırılabilir. Dolayısıyla ilgili rıza hukuki sorumluluğu kaldırıyor olsa da, cezai bakımdan sorumluluğu etkilemeyecektir.

Anahtar Kelimeler: Kasten Yaralama, Organ Nakli, Hukuka Uygunluk Sebepleri, Meslek İcrası, İlgilinin Rızası.

ORGAN TRANSPLANTATION IN WILLFUL INJURY IN ISLAMIC CRIMINAL LAW

Abstract

The legal benefit protected in terms of willful injury is physical integrity. In case of violation of this legal benefit, the criminal liability of the perpetrator will arise. However, in some cases, even if the physical integrity of individuals is violated, the criminal law responsibilities of the perpetrators cannot be mentioned. In these cases, there is a reason that makes the act legal.

Reasons for compliance with law can be classified as legitimate self-defense, performance of duty, exercise of right, consent of the person concerned and protection of possession. Within the scope of the performance of the duty, the execution of the profession of the physician and the consent of the relevant person are grounds for compliance with the law, if the necessary conditions are also included in the crime of willful injury. In the presence of these reasons, the perpetrator will not be held responsible even if the physical integrity of the person has been violated by the act. In connection with these two reasons of compliance with the law, the issue of organ transplantation can also be examined. As a matter of fact, the physical integrity of the organ transplant recipient is violated by the relevant act. Therefore, organ transplantation should be evaluated together with the reasons for compliance with the law.

Whether organ transplantation is legal or not is a controversial issue among Islamic jurists. Today, opinions on the legality of organ transplantation have come to the fore. However, organ transplantation will not be absolute, but will constitute a reason for compliance with the law if it meets the necessary conditions.

Even if the consent of the person whose physical integrity is violated does not constitute a reason for compliance with the law in terms of criminal law, the relevant consent will affect the punishability of the perpetrator. This consent may lead to the perpetrator not being held responsible for qesas and blood money. However, there will be a distinction in this regard. Even if the perpetrator is not held responsible for qesas and blood money, since the act does not become lawful, he can be punished with tazir. Therefore, although the relevant consent removes the legal liability, it will not affect the liability in criminal terms.

Keywords: Willful Injury, Organ Transplantation, Reasons For Compliance With Law, The Execution Of The Profession, Consent Of The Relevant Person.

I. GENEL OLARAK

Kast bir fiilin bilerek ve istenerek yapılmasıdır. Bu bakımdan fail fiili işlerken neticenin gerçekleşmesini istemekte yahut en azından gerçekleşeceğini bilmektedir.¹ İslâm hukukunda kastın karşılığı olarak taammüd kavramı kullanılmıştır.² Organ naklini gerçekleştirecek olan kişi de fiili ile bir kimsenin vücut bütünlüğünü ihlal etmektedir. Dolayısıyla organ nakli için bir kimseden organ alınmasının, başka bir hukuka uygunluk nedeni bulunmadığı takdirde kasten yaralama suçunu oluşturduğu görülmektedir.

Kasten yaralama, öldürme kastı olmaksızın bir kimsenin, bir başkasına bedenen acı vermesi, fiziki veya ruhi açıdan sağlığını bozması, algılama yeteneğinde bozukluğa neden olmasıdır şeklinde tanımlanabilir.³ Kasten yaralama suçunun asli cezası olarak kısas öngörülmektedir. Kisasın uygulanmadığı durumlarda ise suçluya tazir cezası verilmiş ve suçlu diyet (erş) veya hükümet ile de sorumlu tutulmuştur.⁴ Bu suç açısından görevin ifası, meşru savunma, (hekimin) meslek icrası, ilgilinin rızası, spor hareketleri ve tedip hakkı hukuka uygunluk sebepleri olarak sayılabilir. Bu hukuka uygunluk sebeplerinden birinin bulunduğu durumlarda artık fail fiilinden ötürü sorumlu tutulmayacak ve cezalandırılmayacaktır.⁵ Meslek icrası ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebepleri organ nakli meselesinin değerlendirilmesi açısından önem arz edecektir. Çünkü bu durumda hem fiili gerçekleştirecek olan kişinin bir hekim olmasından hem de ilgili kişinin rızasının bulunmasından bahsedilmektedir.

¹ Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 89; Özgenc, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 242; Koca, Mahmut ve Üzülmez, İlhan. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, ss. 156, 156.

² Taammüd kavramı esas olarak kasta göre daha yoğun bir kararlılık bir irade ve icrayı ifade etmekte olsa da genellikle kastın yerine de eserlerde kullanıldığı görülmektedir. Şafak, Ali. "Kasıt", *DİA*, TDV Yayınları, c. 24, İstanbul, 2001, s. 559.

³ Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 174.

⁴ Avcı, *Osmanlı Ceza Özel*, ss. 192-199; Akşit, M. Cevat. *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2019, ss. 83-87; Dağcı, Şamil. "Kıyas", *DİA*, TDV Yayınları, c. 25, Ankara, 2002, ss. 488, 489; Bardakoğlu, Ali. "Diyet", *DİA*, TDV Yayınları, c. 9, İstanbul, 1994, s. 476; Dağcı, Şamil. *Hükümet-i Adl*, *DİA*, TDV Yayınları, c. 18, İstanbul, 1998, s. 463; Şafak, Ali. "Erş", *DİA*, TDV Yayınları, c. 11, İstanbul, 1995, s. 307.

⁵ Avcı, *Osmanlı Ceza Özel*, s. 180-183.

Meslek icrası, bir hekim açısından tıbbi müdahalede bulunması ile yerine getirilebilir. Hekimin, müdahalede bulunurken tıp ilmi ve mesleğin gereklerine uymuş olması durumunda, sorumluluğuna gidilemeyecektir. Bir yerde yalnız bir hekimin bulunması durumunda ise acil tıbbi müdahale meslek icrası değil doğrudan görevin ifası olarak kabul edilecektir.⁶ Hukuka uygunluk sebebi olarak ilgilinin rızası ise kişinin üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisinin olduğu alanlarda açıklamış olduğu rızası doğrultusunda işlenen fiilin suç teşkil etmesine engel olur.⁷ Kişi kendi bedeni üzerinde mutlak bir tasarruf yetkisine sahip değildir. Bundan dolayı organ nakli durumunda ilgilinin rızasının bir hukuka uygunluk nedeni oluşturup oluşturmayacağı hususunda tartışma bulunmaktadır.

Organ nakli, *“kaybedilen veya görevini yapamayan bir organın yerine canlı yahut ölü bir vericiden alınan sağlam ve aynı görevi üstlenecek bir organın nakledilmesi işlemidir.”*⁸ Organ naklinin üç farklı biçimde gerçekleştirilmesi söz konusudur. Bunlar, ölüden organ nakli, canlıdan organ nakli ve ceninden organ naklidir. Yaralama suçuna konu olması bakımından canlıdan organ nakli konusunun değerlendirilmesi gerekmektedir. Canlıdan organ nakli ise organın aynı vücutta bir yerden bir yere nakli ve bir insandan başka bir insana nakli olarak ikiye ayrılmaktadır. Bu durumda nakledilecek olan organ ise hayatın idamesinin kendisine bağlı olduğu kalp, karaciğer gibi organlar ile hayatın idamesinin kendisine bağlı olmadığı organlar olarak ikiye ayrılır.⁹

Organ nakli durumunda kişinin vücut dokunulmazlığı ihlal edilmekte ve yaralama neticesini meydana getirecek fiiller işlenmektedir. Bu bakımdan, organ nakli açısından bir hukuka uygunluk sebebinin olup olmaması ise tartışmalı bir meseledir. İnsan bedeninin mükerrem kabul edilmesi buna karşılık, bazı durumlarda organ naklinin tedavi için tek yol olarak görülmesi bu

⁶ Akman, Akman. “Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, sy. 169-170, s. 150, 151; Avcı, *Osmanlı Ceza Genel*, s. 130.

⁷ Avcı, *Osmanlı Ceza Genel*, s. 138; Özgenç, s. 365; Koca ve Üzülmüş, s. 293.

⁸ İnce, İrfan. “Organ Nakli”, *DİA*, TDV Yayınları, c. 33, İstanbul, 2007, s. 373.

⁹ İslâm Fıkıh Akademisi, 4/1 Kararı, 1988, <http://www.iifa-aifi.org/1698.html> (erişim tarihi: 28.04.2022); İnce, s. 373-375; Beşer, Faruk. *Güncel Meselelere Dini Çözümler*, Nun Yayıncılık, İstanbul, 2012, s. 242; Alkış, Alpaslan. “İslam Hukuku Açısından Organ Naklinde Tartışmaya Açık Alanlar”, *KSÜSBD*, c. 15, sy. 2, 2018, s. 752; Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 197.

meselenin önemini artırmaktadır.¹⁰ İnsanın yerini doldurabilecek nitelikte başka bir varlık mevcut değildir. Bundan dolayı insanın yaşamını tehlikeye sokacak olan bütün müdahalelerden kaçınılması gerekmektedir. Bununla birlikte insanın hayatını sağlıklı bir şekilde idame ettirebilmesi de önemlidir. İnsanın hayatının bedeli takdir edilemez. Bu takdir edilememe durumu organ verecek kişi açısından geçerli olduğu gibi bu organa ihtiyaç duyan kişi bakımından da geçerlidir. Dolayısıyla burada iki menfaat arasında bir dengenin sağlanması gerekmektedir.¹¹

Organ nakli meselesi daha yeni bir durum olmasından ötürü Kuran ve Sünnet'te doğrudan uygulanacak bir nas yoktur. Ayrıca kıyas yoluna başvurulacak olan açık bir dayanak da mevcut değildir.¹² Bu durumda başvurulabilecek en kuvvetli metot maslahat prensibi olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca, bir meselenin hukuka aykırı olduğuna yönelik bir delilin mevcut olmaması halinde esas olan, o meselenin hukuka uygun kabul edilmesidir. Dolayısıyla organ naklinin hukuka uygunluğuna yönelik bir değerlendirmenin, hukuka aykırılığına yönelik bir değerlendirmeye göre daha kolay yapılabileceği ifade edilmektedir.¹³ Hukukçularının çoğunluğu, bazı şartlar altında organ naklinin hukuka uygun olduğunu ifade etmektedir.

II. ORGAN NAKLİNİN HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ ARZ ETMESİ İÇİN GEREKLİ ŞARTLAR

Organ naklinin hukuka uygun olduğunu ifade eden hukukçular bunun ancak belli şartlar altında mümkün olduğunu da eklemektedirler. Kasten yaralama suçu bakımından organ nakli

¹⁰ Zorlu, s. 198; Beki, Abdulaziz. *İslâm Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli*, Bekke Yayınları, Kayseri, 1993, ss. 202 vd.; Özdemir, Merve. *İslam Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Sakarya, 2017, ss. 91 vd.; Alkış, s. 754; Şâzeli, Hasan Ali. *Hukmi Naklî Âzâi'l İnsan fi'l-Fikhi'l-İslami*, Kitabu'l-Cumhuriyye, ty., s. 17 vd.; Düzenli, Yaşar. *İslami Kaynaklar Açısından Organ Nakli*, *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, 2005, sy. 13, s. 125.

¹¹ Ekşi, Ahmet. "İslam Hukuku Bakımından Organ Nakli Etrafındaki Tereddütler", *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Malatya, 2014, ss. 40, 41.

¹² Bununla birlikte organ naklinin caizliğine delil olarak yine de bazı naslar ve kıyasa dayanak teşkil eden durumlar gösterilmektedir. Bkz. Kemalüddin Cum'a Bekru, *Hükmü'l-intifa' bi'l-a'zai'l-beşeriyye ve'l-hayvaniyye: dirase fi'l-Fikhi'l-İslami mukarereneten bi't-teşriati'l-Yahudiyye ve'n-Nasraniyye ve'l-kavanini'l-vad'iyye*, Daru'l-Hayr, Beyrut, 2001/1422, s. 242 vd.; Beki, s. 311, 312.

¹³ Beşer, ss. 246, 247; Düzenli, s. 128.

durumunda hukuka uygunluk sebebi olarak, ilgilinin rızası ve meslek icrası söz konusu olacaktır. Bu iki hukuka uygunluk sebebinin bir arada bulunması gerektiği organ nakli durumunda, sorumluluğun doğmaması için gereken şartlar şu şekilde sıralanabilir:¹⁴

1- Müdahalede bulunanın hekim olması: Öncelikle organ nakli işlemini gerçekleştiren kişi bir hekim olmalıdır.

2- Hekimin fiili tedavi kastıyla yapmış olması: Organ nakli açısından bu şart şu şekilde açıklanabilir: Öncelikle nakledilecek olan organı bekleyen bir hasta bulunmalıdır. Organ nakli operasyonundan beklenen yarar, doğacak olan zarardan üstün olmalıdır. Bu operasyon tedavi edilecek kişiyi kaybettiği organına kavuşturmalı, organın eski şekline dönmelerini veya fonksiyonunu yerine getirmelerini sağlamalı veya kişiye fonksiyonel yahut psikolojik bir sıkıntı veren bir rahatsızlığın giderilmesi amacıyla yapılmalıdır. Bu takdirde bir insandan başka bir insana yapılacak olan organ nakli açısından bu şart yerine getirilmiş kabul edilir. Organ naklinin gerekli olduğu yönündeki görüşü veren doktorun müslüman olmasının gerekip gerekmediği hususunda tartışmalar bulunmaktadır. Hanefî, Şafî ve Hanbelî mezheplerinin zahir görüşlerine göre buna karar verecek olan doktorun müslüman olması gerekmektedir. Malikiler ise müslüman doktor bulunmadığı takdirde gayri müslim doktorun görüşüne itimat edilebileceğini belirtmişlerdir. Bununla birlikte özellikle daha sonradan gelen alimler doktorun muhakkak müslüman olması gerektiğini ifade etmemişlerdir. Onlar kişinin konu ile alakalı yeterli görülen bir

¹⁴ Ekşi, Ahmet. *İslam Tıp Hukuku*, 1. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2011, s. 93; Beki, s. 311; Özdemir, ss. 186 vd.; İnce, s. 375; İslâm Fıkıh Akademisi, 4/1 Kararı; Beşer, ss. 242, 243; Yaman, Ahmet. "İslam Hukuku Açısından Organ Nakli ve Beyin Ölümü", *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Malatya*, 2014, (26-36), ss. 30, 31; Ghulam – Haider Asai, "Organ Nakil ve Bağışına İslâm'ın Hukuki ve Ahlaki Yaklaşımı", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 15, 2010, s. 277; Düzenli, s. 128; Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, Organ Bağışı Caiz Midir?, <https://kurul.diyaret.gov.tr/Cevap-Ara/993/organ-bagisi-caiz-midir> (erişim tarihi: 28. 04. 2022); Şâzeli, ss. 67 vd.; Sid, Roumaissa. *Organ Naklindeki Yeni Gelişmelerin İslam Hukukuna Göre Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2019, ss. 74, 75; Zorlu, ss. 199 vd.; Bekru, s. 372 vd.; Akman, s. 150 vd.; Avcı, Mustafa. "Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslâm Hukukundaki Görüşler" *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Kasım Sayısı, 2005, ss. 145, 146, 149; Ekşi, "Organ Nakli Etrafındaki Tereddütler", ss. 42, 47, 48.

hekim olması durumunda sözüne itimat edilebileceğini belirtmişlerdir.¹⁵

3- Hayatın idamesinin kendisine bağlı olduğu bir organın nakli hukuka uygun kabul edilmez. Böyle bir organın nakli söz konusu olursa bu durumda tedavi kastı gerçekleşmemiş olur. Aynı şekilde hayatın idamesi kendisine bağlı olmasa da, görme gibi temel bir hayati fonksiyonu iptal edecek şekilde organ nakli durumunda da tedavi kastı gerçekleşmemiş olur. Çünkü bu durumlarda beklenen yararın doğacak zarardan üstün olduğu söylenemez. Genetik aktarıma neden olacak şekilde üreme sistemi organlarının nakli de hukuka uygun değildir.

4- Tıbbi metotlara uygun olması: Hekim, hekimlik mesleği doğrultusunda hareket edip herhangi bir tıbbi hatasının bulunmaması durumunda ortaya çıkacak olan zararlardan sorumlu olmayacaktır.

5- İlgilerin rızası: İlgilinin rızasının hukuka uygunluğu sağlamayacağı yönünde İslâm hukukçularının ciddi itirazları bulunmaktadır. Ancak diğer görüşe göre, insan bedeninin kişiye emanet olarak verildiği düşünüldüğünde her ne kadar kendi mülkiyeti olmaması nedeniyle temlik bir tasarruf gerçekleştirilmesinde dahi, vedia açısından emanetin kiraya verilmesi sahibinin iznine bağlı olacaktır. Emanetin sahibi olan Allah Teâlâ insan hayatını korumayı en zaruri maslahatlardan biri olarak belirlemiştir. Dolayısıyla bir insanın hayatının kurtulması için bir başka insanın organlarını verebilmesine de izin vereceği ifade edilmiştir. Buradan hareketle, tedavi için gerekli şartlar gerçekleşmişse eğer, hayatın idamesinin kendisine bağlı olmadığı organlar açısından tam ehliyetli olan kişinin rızası geçerli kabul edilecektir. Yasal temsilcisinin veya hakimin izni yeterli olmayacaktır. Ancak kalp gibi hayatın idamesinin kendisine bağlı olduğu organlar bakımından ve görme gibi hayati bir fonksiyonun iptaline neden olacak nakil işlemleri bakımından bu rıza geçerli değildir.¹⁶ Tedavisi yapılacak olan kişinin, yasal temsilcisinin veya hakimin izni de gereklidir.

¹⁵ Yeniçeri, Celal. *Kur'an Ahkamı ve Mezhep İmamlarının Görüş Farklılıkları*, Bahar Yayınları, c. 2, İstanbul, 1972, ss. 368, 369.

¹⁶ Ancak vücutta yedeği olan örneğin iki gözden birinin verilmesi durumunda da müdahalenin hukuka uygun olmayacağı, çünkü bu duruma kişinin bu duruma rıza

6- Maddi menfaat elde edilmemiş olması. Yani bir kazanç aracına döndürülerek organlar satışa çıkarılmamalı, organlara değer biçilmemeli ve bu işten maddi bir menfaat elde edilmemelidir.

Bu şartların bulunmadığı durumlarda organ nakli işlemi bir hukuka uygunluk sebebi ifade etmeyecektir. Ancak buna rağmen, vücut dokunulmazlığı ihlal edilen kişinin fiile rızasının olması durumunda kasten yaralama suçu bakımından farklı bir değerlendirme yapılacaktır. Bu durumda fiil hukuka aykırı olsa da, aşağıdaki bölümdeki açıklamalarımızda görüleceği üzere, fiile farklı bir müeyyide uygulanabilecektir.

III. ORGAN NAKLİNİN HUKUKA UYGUNLUK SEBEBİ ARZ ETMEMESİ DURUMUNDA DEĞERLENDİRME

İnsanın masum olması, bir kısmını telef etmesi veya intihar etmesinin hukuka uygun olmaması, vücudunun kendi mülkü olmaması, cesedini bozmasının yasak olması, yaratılışı değiştirmenin haram olması, canlıdan alınan parçanın necis olup ibadete engel teşkil etmesi, başkasının sağlığı için kendi sağlığını tehlikeye atmanın yasak olması ve organ naklinin her iki tarafa da işkence ve eziyet veren bir durum olması sebepleriyle İslâm hukukçularının bir kısmı organ naklinin hukuka aykırı olduğunu söylemişlerdir.¹⁷ Ancak kasten yaralama bakımından durumun hukuka uygun olmadığının ifade edilmesi yeterli değildir. Organ naklinin hukuka uygun olmadığını söyleyenlere göre, genel olarak hekimin sorumluluğunda olduğu gibi¹⁸, kendisinden organ alınanın rızasının fiile etkisi konusu mevzu bahis olacaktır. Kural olarak İslâm hukukundan hiç kimse, kendi canını ve organlarını zarara uğratabilecek kasıtlı bir fiil işleyemez ve böyle bir fiilin işlenmesine rıza da gösteremez.¹⁹ Bundan dolayı, bu şekildeki bir fiilin olması durumunda zarar görenin, yani organ nakli durumunda organını veren kişinin rızası fiili hukuka uygun hale getirmeyecektir ve fiil

vermesinin düşünülmemeyeceği de ifade edilmiştir. Döndüren, Hamdi, *Kur'an ve Sünnete Göre Güncel Fikhi Meseleler*, Erkam Yayınları, İstanbul, 2016, no: 35.

¹⁷ Beki, ss. 313-315; Şâzeli, ss. 68-70; Haider Aasi, ss. 272-274; Düzenli, s. 129; Yaman, s. 29.

¹⁸ Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, s. 223.

¹⁹ Musul halkı ile Abbasi Halifesi Mansur'un, halkın halife tarafından suç olarak kabul edilen bir fiili işlemleri durumunda kılıçtan geçirilmeleri şartını ihtiva eden anlaşma, Ebu Hanife tarafından geçersiz sayılmıştır. Sava Paşa, *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, DİB Yayınları, c. 1, İstanbul, 2016, s. 97.

hukuka aykırı kabul edilecektir.²⁰ Bu durumda vücut bütünlüğüne zarar verecek fiillere yönelik bir rıza söz konusudur. Bu rıza, failin diyet ve kısas müeyyideleri açısından sorumluluğunu ortadan kaldırılabılır. Bu nitelikteki bir rızanın sonradan verilmesi durumunda da failin fiili hukuka aykırı kabul edilmekle birlikte, mağdurun, kısası uygulamama, diyeti almaktan vazgeçme ve affetme hakları olduğu için, fail üzerine herhangi bir tazmin sorumluluğu doğmayabilir. Zarar görenin, zarardan önce rıza göstermesi durumunda, Hanefî, Hanbelî, Malikî ve Şâfiî alimlere göre böyle bir rıza failin kısıstan ve diyetten vazgeçtiğini göstermesi bakımından geçerlidir.²¹ Ancak bu durumda failin kısas ve diyet hususunda sorumluluğu ortadan kalksa da fiilin hukuka aykırılığı bundan etkilenmez ve fail tazir cezasıyla sorumlu tutulabilir. Burada failin fiilinden ötürü bazı sorumluluklarının ortadan kalkması mevzu bahistir yoksa bizatihi fiilin hukuka uygun hale gelmesi söz konusu değildir. Tüm bu sebeplerden ötürü, vücut bütünlüğüne yönelik olan fiillerde, ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebebi olarak değil, cezayı düşüren bir sebep olarak ele alınmaktadır.²²

Vücut bütünlüğüne yönelik olan zararlara rıza gösterilmesi halinde önemli bir husus daha ortaya çıkmaktadır. Kişinin organının kesilmesinin, yani organ nakli açısından organının alınmasının ardından, durumunun ağırlaşarak ölmesi durumunda failin sorumluluğunun ne olacağı da tartışma konusudur. Bu durumda Ebû Hanîfe'den gelen rivayetlerden birinde kişinin organını kendisi

²⁰ Ekşi, "Organ Nakli Etrafındaki Tereddütler", s. 42; Avcı, *Osmanlı Ceza Genel*, s. 138; Yıldız, Kemal. *İslâm Sorumluluk Hukuku*, İFAV Yayınları, İstanbul, 2013, ss. 111, 112; Eser, Ercan. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2007, s. 95; Ekşi, Ahmet. "İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları", *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 17, 2011, s. 353, Kahveci, Nuri. "İslâm Hukukun Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağını Kesen Sebepler" *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, 2007, c. 10, s. 107.

²¹ İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dimeşkî. *Reddu'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, Dâr'ul-Fikir, Beyrut, 1992, c. 6, s. 548; Muhammed bin Abdullah el-Haraşi. *eş-Şerhu'l Muhtasar Halil Lil-Haraşi, Dâru'l-Fikir Li'l-Tabâat*, Beyrut, ty, c. 8, s. 5; Şemsuddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb, eş-Şirbînî. *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, Dâr'ul-Kitab'ul-İlmiyye, 1958, c. 4, ss. 50, 51; Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah bin Ahmed İbn Kudâme. *el-Muğnî alâ Metni'l-Muknî*, Dar'u'l-Fikr, Beyrut, 1992, c. 10, s. 344; Muhammed Ebû Zehra. *El-Cerime ve'l-Ukûbe fi'l-Fikhi'l-İslami: El-Cerime*, Dâru'l-fikri'l-Arabiyye, Kahire, 1998, no: 556, s. 388; Ekşi, *İslam Tıp Hukuku*, s. 224; Bekru, s. 38, 39.

²² Ebû Zehra, No: 556, s. 388; Zuhaylı, Vehbe. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, (çev. Ersan Urcan), Risale Yayınevi, İstanbul, 2018, s. 214; Avcı, *Osmanlı Ceza Genel*, s. 139; Dağcı, Şail. *İslâm Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, DİB Yayınları, Ankara, 2018, s. 153.

de kesebileceği için, izin vermek suretiyle başkasının fiilini kendi fiili yerine geçirmesi dolayısıyla, failin diyetten sorumlu olmaması gerektiği ifade edilmişken, diğer rivayette ise kişinin organının kesilmesine rıza göstermesi kendisinin öldürülmesine rıza göstermesine benzetilerek, failin diyetten sorumlu tutulması gerektiği ifade edilmiştir.²³ Şafiîler arasında da her iki görüşe sahip fakihler mevcuttur.²⁴ Hanbelî fakihler ise böyle bir durumda failin diyetten ötürü sorumlu olmadığını ifade etmektedirler.²⁵ Devletin tazir cezası verme yetkisi yine mevcuttur.

Verilen organın kişinin hayatının idamesine engel bir nitelik teşkil etmesi durumunda ise, kişi kendi hayat varlığının ortadan kalkmasına rıza göstermiş demektir. Bu durumda, Ebû Hanîfe, kısasın şüphe nedeniyle uygulanamayacağını ifade etmiş, diyete yönelik ise iki rivayeti bizlere ulaştırmıştır. Kâsânî ise bu şüphenin diyete hükmetmeye engel olmadığını ifade etmiştir.²⁶ Mezhep içerisinde bu görüş ağırlık kazanmış ve son döneme kadar savunulmuştur.²⁷ Bu görüşe göre kısası uygulatma ve diyet alma hakkı maktulün akrabalarına aittir ve şüphe nedeniyle kısas uygulanmasa da diyet uygulanabilir. Ebû Yusuf, Muhammed b. Hasan eş-Şeybanî, Hanbelî ve çoğu Şafiî alim ise kısas veya diyet öldürülenin hakkıdır, öldürülen de söz konusu rızasıyla bu hakkını fail lehine kullanmıştır dolayısıyla kısas cezası uygulanamayacağı gibi diyete de hükmedilemez demektir.²⁸ Bu durumda da devletin tazir cezası verme yetkisinin mevcut olduğu unutulmamalıdır. İmam Malik ise aksi görüşte olup bu durumda faile kısas cezası verilebileceğini ifade etmiştir.²⁹

Kişinin vücut bütünlüğüne veya hayat varlığına kast eden bir fiile rızanın, bir bedel mukabilinde sözleşme ile verilmesi durumunda

²³ Şemsü'l-Eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed, es-Serahsî. el-Mebsût, (Darü'l-Mârifetü 1414/1993). c. 16, s. 14; Ebû Zehra, No: 556, s. 389.

²⁴ Şirbînî, c. 4, ss. 50, 51; Ebû Zehra, No: 556, s. 389.

²⁵ İbn Kudâme, c. 10, s. 344; Ebû Zehra, No: 556, s. 389.

²⁶ Alâeddin el-Kâsânî. *Bedâiu's-Sanâi' fi Tertîbi's-Şerâi'*, Darü'l Kitâbü'l Arabiyye, Beyrut, 1982, c. 7, s. 236.

²⁷ Ömer Hilmi Efendi. "Mirâtü'l-Mecelle", Medresetü'l-Hukuk (Beşinci Kısım Mecelle), Der Matbaa-i Mekteb-i Sanâyi'-i Şahâne, sy. 5/1, İstanbul, 1298, s. 50.

²⁸ Kâsânî, c. 7, ss. 236, 242; eş-Şirbînî, c. 4, s. 50; Mansûr b. Yûnus b. İdrîs, el-Buhûtî. *Keşşâfu'l-Kına' an Metni'l İknâ'*, Dâru'l-Kütübü'l-İlmiyye, Beyrut, ty, c. 5, s. 518; Avci, *Osmanlı Ceza Genel*, s. 139; Zuhayli, *Fetvalar*, s. 214.

²⁹ Dağcı, s. 153.

ise bu rıza fiili hukuka uygun hale getirmeyecek olup, kısas veya diyetin kaldırılmasına yönelik bir etkisi bulunmayacaktır. Mecelle'nin 52. maddesinde belirtildiği üzere *"Bir şey bâtil olduktan onun zımnındaki şey dahî bâtil olur."* Bu doğrultuda kişinin hayat varlığını ortadan kaldıracak yahut vücut bütünlüğüne zarar verecek olan bir fiile izin veren sözleşme hükümsüz olduğundan bu sözleşme ile verilmiş olan rıza da geçersiz olacaktır. Dolayısıyla bu rıza herhangi bir sonuç doğurmayacaktır.³⁰

SONUÇ

Organ naklinin hukuka uygun bir mesele olup olmadığı tartışma konusudur. Günümüzde bu durumun özellikle ölüden yapılan nakiller açısından hukuka uygunluğu kabul edilmiş olmakla birlikte, canlıdan canlıya yapılan organ nakilleri açısından da hukuka uygun olduğu yönündeki görüşler çoğunluğu teşkil etmeye başlamıştır.

Organ naklini hukuka uygun görmeyenlerin delilleri genellikle normal şartlara hitap eden delillerdir. Oysaki, organ nakli konusunda tedavi için bu durumun gerekliliği aranmaktadır. Bu halde de artık zaruret ilkeleri geçerli olacak azimete göre değil, ruhsata göre hareket edilecektir. Nitekim organ naklinin hukuka uygun olduğunu ifade eden İslâm hukukçuları bunun hangi şartlar altında gerçekleştirilmesi gerektiğini de açıklamışlardır. Bu şartlara uyulduğu takdirde artık organ naklinin hukuka uygun olmadığı yönündeki hukukçuların delillerini aşılabilirdiği görülmektedir.

Kasten yaralama suçu açısından hukuka uygunluk sebebi teşkil edebilmesi için, hekimin müdahalesi nedeniyle meslek icrası ve ilgilinin rızası hukuka uygunluk sebeplerinin birlikte gerçekleşmesi gerekmektedir. Bununla birlikte fiil hukuka uygun olmasa dahi eğer organ verenin rızası varsa, bu durumda genel kanaate göre kasten yaralama suçunun müeyyidesi olan kısas uygulanamayacak ve diyete hükmedilemeyecektir. Ancak fiil suç teşkil etmeye devam edecek ve faile tazir cezası verilebilecektir. Bu durumdaki rıza cezayı düşüren bir sebep olarak değerlendirilebilir.

³⁰ Ömer Hilmi Efendi, s. 50.

KAYNAKÇA

- Akman, Ahmet. "Hekim Uygulamaları ve Hukuki Sorumluluk", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, c. 13, sy. 169-170, s. 145-201.
- Akşit, M. Cevat. *İslâm Ceza Hukuku ve İnsani Esasları*, Gümüşev Yayıncılık, İstanbul, 2019.
- Alkış, Alpaslan. "İslam Hukuku Açısından Organ Naklinde Tartışmaya Açık Alanlar", *KSÜSBD*, c. 15, sy. 2, 2018, s. 751-770.
- Avcı, Mustafa. "Biyo-Hukuk ve Özellikle Klonlamaya İlişkin İslâm Hukukundaki Görüşler" *Kamu Hukuku Arşivi Dergisi*, Kasım Sayısı, 2005, s. 142-152.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Avcı, Mustafa. *Osmanlı Ceza Hukuku Özel Hükümler*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Bardakoğlu, Ali. "Diyet", *DİA*, TDV Yayınları, c. 9, İstanbul, 1994.
- Bekru, Kemalüddin Cum'a. *Hükmü'l-intifa' bi'l-a'zai'l-beşeriyye ve'l-hayvaniyye: dirase fi'l-Fıkhi'l-İslami mukareneten bi't-teşriati'l-Yahudiyye ve'n-Nasraniyye ve'l-kavanini'l-vad'iyye*, Daru'l-Hayr, Beyrut, 2001/1422.
- Beki, Abdulaziz. *İslâm Hukuku Prensipleri Işığında Organ Nakli*, Yüksek Lisans Tezi, Kayseri, 1991.
- Beşer, Faruk. *Güncel Meselelere Dini Çözümler*, Nun Yayıncılık, İstanbul, 2012.
- Dağcı, Şamil. "Kıyas", *DİA*, TDV Yayınları, c. 25, Ankara, 2002.
- Dağcı, Şamil. *Hükümet-i Adl*, *DİA*, TDV Yayınları, c. 18, İstanbul, 1998.
- Dağcı, Şamil. *İslâm Ceza Hukukunda Müessir Fiiller*, DİB Yayınları, Ankara, 2018.
- Din İşleri Yüksek Kurulu Başkanlığı, *Organ Bağışı Caiz Midir?*, <https://kurul.diyinet.gov.tr/Cevap-Ara/993/organ-bagisi-caiz-midir> (erişim tarihi: 28. 04. 2022).
- Döndüren, Hamdi. *Kur'an ve Sünnete Göre Güncel Fıkhi Meseleler*, Erkam Yayınları, İstanbul, 2016.
- Düzenli, Yaşar. *İslami Kaynaklar Açısından Organ Nakli*, *Türkiye Klinikleri J Med Ethics*, sy. 13, 2005, s. 125-130.
- Ebû Zehra, Muhammed. *El-Cerime ve'l-Ukube fi'l-Fıkhi'l-İslami: El-Cerime, Dâru'l-fikri'l-Arabiyye*, Kahire, 1998.
- Ekşi, Ahmet. "İslam Hukuku Bakımından Organ Nakli Etrafındaki Tereddütler", *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli Sorunlar ve Çözüm Önerileri*, Malatya, 2014, s. 38-51.

- Ekşi, Ahmet. “İslam Hukukunda Mağdurun Rızasının Hukuka Aykırılığa Etkisi ve Sorumluluk Bakımından Sonuçları”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 17, 2011, s. 347-366.
- Ekşi, Ahmet. *İslam Tıp Hukuku*, 1. Baskı, Ensar Yayınları, İstanbul, 2011.
- El-Buhûtî, Mansûr b. Yûnus b. İdrîs. *Keşşâfu'l-Kına'an Metni'l İknâ'*, Dârul-Kütübî'l-İlmiyye, c. 5, Beyrut, ty,
- El-Haraşî, Muhammed bin Abdullah. *eş-Şerhu'l Muhtasar Halil Lil-Haraşi, Dârul-Fikir Li'l-Tabâat*, c. 8, Beyrut, ty.
- El-Kâsânî, Alâeddin. *Bedâiu's-Sanâi' fî Tertîbi's-Şerâi'*, Dar'ul Kitabü'l Arabiyye, c. 7, Beyrut, 1982.
- Eser, Ercan. *İslâm Hukukunda Haksız Fiil ve Haksız Fiilden Doğan Sorumluluk*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Ankara, 2007.
- Es-Serahsî, Şemsül'Eimme Ebu Sehl Ebu Bekir Muhammed bin Ahmed. *el-Mebsût*, Daru'l-Mârife, c. 16, Beyrut, 1414/1993.
- Eş-Şirbînî, Şemsuddin Muhammed b. Ahmed el-Hatîb. *Muğni'l-Muhtâc ilâ Ma'rifeti Meâni Elfâzi'l-Minhâc*, Dâr'ul-Kitab'ul-İlmiyye, 1958.
- Ghulam – Haider Asai. “Organ Nakil ve Bağışına İslâm'ın Hukuki ve Ahlaki Yaklaşımı”, *İslam Hukuku Araştırmaları Dergisi*, sy. 15, 2010, s. 265-278.
- İbn Âbidin, Muhammed Emin bin Ömer bin Abdulaziz el-Hüseynî ed-Dimeşkî. *Reddu'l-Muhtâr Alâ'd-Durri'l-Muhtâr*, Dâr'ul-Fikir, c. 6, Beyrut, 1992.
- İbn Kudâme, Muvaffakuddin Ebû Muhammed Abdullah bin Ahmed. *el-Mugni' alâ Metni'l-Mukni'*, Dar'u'l-Fikr, c. 10, Beyrut, 1992.
- İnce, İrfan. “Organ Nakli”, *DİA*, TDV Yayınları, c. 33, İstanbul, 2007.
- İslâm Fıkıh Akademisi, 4/1 Kararı, 1988, <http://www.iifa-ai.org/1698.html> (erişim tarihi: 28. 04. 2022).
- Kahveci, Nuri. “İslâm Hukukun Göre Sorumluluğun Unsurlarından İlliyet Bağını Kesen Sebepler” *KSÜ İlahiyat Fakültesi Dergisi*, c. 10, 2007, s. 91-111.
- Koca, Mahmut ve İlhan Üzülmöz. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Ömer Hilmi Efendi. “Mirâtü'l-Mecelle”, *Medresetü'l-Hukuk (Beşinci Kısım Mecelle)*, Der Matbaa-i Mekteb-i Sanâyi'-i Şahâne, sy. 5/1, İstanbul, 1298.
- Özdemir, Merve. *İslam Hukukuna Göre Beden Üzerinde Tasarruf ve Organ Nakli*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Sakarya, 2017.
- Özgenç, İzzet. *Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler*, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.

- Sava Paşa. *İslam Hukuku Nazariyatı Hakkında Bir Etüt*, DİB Yayınları, c. 1, İstanbul, 2016.
- Sid, Roumaissa. *Organ Naklindeki Yeni Gelişmelerin İslam Hukukuna Göre Değerlendirilmesi*, (Yayımlanmamış Doktora Tezi), Konya, 2019.
- Şafak, Ali. “Erş”, *DİA*, TDV Yayınları, c. 11, İstanbul, 1995.
- Şafak, Ali. “Kasıt”, *DİA*, TDV Yayınları, c. 24, İstanbul, 2001.
- Şâzeli, Hasan Ali. *Hukmi Naklî Âzâi'l İnsan fi'l-Fıkhi'l-İslami*, Kitabü'l-Cumhuriyye, ty.
- Yaman, Ahmet. “İslam Hukuku Açısından Organ Nakli ve Beyin Ölümü”, *Tıp, Etik, Din, Sosyoloji ve Hukuk Bağlamında Organ Nakli Sorunlar ve Çözüm Önerileri Sempozyumu, Malatya*, 2014, s. 26-36.
- Yeniçeri, Celal. *Kur'an Ahkamı ve Mezhep İmamlarının Görüş Farklılıkları*, Bahar Yayınları, c. 2, İstanbul, 1972.
- Yıldız, Kemal. *İslâm Sorumluluk Hukuku*, İFAV Yayınları, İstanbul, 2013.
- Zorlu, Süleyman Emre. *Osmanlı Tıp Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.
- Zuhayli, Vehbe. *Günümüz Meselelerine Fetvalar*, (çev. Ersan Urcan), Risale Yayınevi, İstanbul, 2018.

İŞ VE SOSYAL GÜVENLİK HUKUKU

İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZİN NEDENLERİ VE ETKİLERİ

*Sümeyye KARA**

Öz

Yabancı literatürden gelen mobbing kavramının dilimizde tam bir karşılığı bulunmamaktadır. Bunun sebebi ise mobbingin tek ve önceden belirlenebilir bir sebepten meydana gelmiyor oluşudur. Mobbing kelimesi yerine literatürde işyerinde psikolojik taciz, işyerinde duygusal taciz, işyerinde zorbalık, işyerinde manevi taciz, duygusal şiddet, işyerinde yıldırma ya da yıldırma yönelik psikolojik saldırı gibi kelimeler de kullanılmaktadır. Türk Dil Kurumu ise mobbing kavramının karşılığı olarak bezdiri kelimesini kullanmış, Bezdiri kelimesinin tanımını ise “iş yerlerinde, okullarda vb. topluluklar içinde belirli bir kişiyi hedef alıp, çalışmalarını sistemli bir biçimde engelleyip huzursuz olmasına yol açarak dışlama, yıldırma, gözden düşürme” olarak yapmıştır. Biz çalışmamızda kavramı nitelendirmek için işyerinde psikolojik taciz kelimesini kullanacağız. İşyerinde psikolojik taciz; işyerlerinde işveren ya da diğer çalışanlar tarafından bir kişiye sistematik bir şekilde yöneltilmiş düşmanca ve etik olmayan davranışlar bütünüdür. İşyerinde psikolojik taciz kavramı incelemelerinin tarihi çok yakın olsa da işyerinde psikolojik taciz olgusu çalışma hayatının başladığı zamandan beri varlığını sürdürmektedir.

Psikolojik tacizin sebebinin araştırılması, tacize neden olan unsurların ortaya konulması ve teşhisi açısından oldukça önem taşımaktadır. Psikolojik taciz anlaşmazlığı işverenle bir ya da birden fazla işçi arasında olabileceği gibi çalışanların kendi arasında da gerçekleşebilmektedir. Psikolojik taciz sürecinin başlamasına neden olan yalnızca bir sebep olabileceği gibi birden fazla sebepler dizisi de bulunmaktadır. Psikolojik tacizin başlamasında hem failin ve mağdurun psikolojik ve davranışsal nedenleri etkili olabileceği gibi hem de işyeri ile ilgili nedenler ve bazı tetikleyici olaylar etkin olabilmektedir. İşyerinde psikolojik taciz ağırlıklı olarak mağduru istifaya zorlamak için yapılırsa da bunun yanı sıra mağduru ikale sözleşmesine zorlamak, emekliliğe sevk etmek, mağdurun terfi almasını engellemek veya yaptığı işi veya çalışma yerini değiştirmek için de sıklıkla psikolojik taciz uygulandığı görülmektedir.

İşyerinde psikolojik tacizin etkileri oldukça geniş olmakla birlikte tahmin edileceği üzere en çok etkiyi mağdur görmektedir. Psikolojik taciz mağdur

* Hâkim, Kayseri Adalet Sarayı, smeyyedemirci@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0002-9031-6257.

üzerinde istifa, ileri seviyede stres, kaygı, endişe, panik atak, alerji vakaları, uyku bozuklukları gibi sağlık sorunlarına neden olmaktadır. İşyerinde psikolojik tacizin mağduru intihara sürüklemesi gibi oldukça ağır sonuçları da bulunmaktadır. İşyerinde psikolojik tacizin yalnızca mağdura değil, mağdurun ailesine, çalışma ortamında bulunan diğer çalışanlara, iş yerinin işleyişine ve ekonomik hayata etkileri de bulunmaktadır. İşyerinde psikolojik taciz uygulanan çalışma ortamlarında, diğer çalışanların mağdurların maruz kaldığı davranışlar nedeniyle moral, motivasyon ve verimlilikleri düşmektedir. İşyerinde psikolojik taciz davranışları çalışma ortamında strese neden olmaktadır. **Anahtar Kelimeler:** işyerinde psikolojik taciz, mobbing, yıldırma, psikolojik şiddet, psikolojik terör.

CAUSES AND EFFECTS OF PSYCHOLOGICAL HARASSMENT IN THE WORKPLACE

Abstract

The concept of mobbing, which comes from foreign literature, does not have an exact equivalent in our language. The reason for this is that mobbing does not occur for a single and predetermined reason. Instead of the word mobbing, words such as psychological harassment in the workplace, emotional harassment in the workplace, bullying in the workplace, moral harassment in the workplace, emotional violence, and psychological attack on intimidation are also used in the literature. On the other hand, the Turkish Language Institution used the word "bazdiri" as the equivalent of the concept of mobbing, and the definition of the word "Bezdiri" is "in workplaces, schools, etc. targeting a specific person within the communities, systematically hindering his work and causing him to feel uneasy, as exclusion, intimidation, and discredit. In our study, we will use the word mobbing in the workplace to describe the concept. Psychological harassment in the workplace; It is the whole of hostile and unethical behavior directed at a person in a systematic way by the employer or other employees in the workplace. Although the history of the concept of psychological harassment in the workplace is very close, the phenomenon of psychological harassment in the workplace has existed since the beginning of working life.

Investigating the cause of psychological harassment is very important in terms of revealing and diagnosing the factors that cause harassment. A psychological harassment dispute may occur between the employer and one or more workers, or it may occur between the employees themselves. There may be only one reason that causes the psychological harassment process to start, or there are multiple reasons. Both the psychological and behavioral reasons of the perpetrator and the victim can be effective in the onset of psychological harassment, as well as workplace-related

reasons and some triggering events. Although psychological harassment in the workplace is mainly done to force the victim to resign, it is also seen that psychological harassment is frequently used to force the victim to a mutual rescission agreement, to send them to retirement, to prevent the victim from being promoted or to change their job or place of work.

Although the effects of psychological harassment in the workplace are quite wide, as can be expected, the victims suffer the most. Psychological abuse causes health problems such as resignation, advanced stress, anxiety, anxiety, panic attacks, allergies, and sleep disorders on the victim. Psychological harassment in the workplace also has serious consequences, such as driving the victim to suicide. Mobbing in the workplace has effects not only on the victim, but also on the victim's family, other employees in the working environment, the functioning of the workplace and economic life. In workplaces where psychological harassment is practiced, morale, motivation and productivity of other employees decrease due to the behavior of victims. Mobbing behaviors in the workplace cause stress in the working environment.

Keywords: psychological harassment at the workplace, mobbing, intimidation, psychological violence, psychological terror.

GİRİŞ

İnsan, doğası gereği tek başına yaşayamaz. Birlikte yaşama isteği ve gereksinimi insanların topluluk içindeki değişimlerinin şekillenmesine neden olmuştur. Paylaşma ve dayanışma gerekliliği, insanların duygusal gelişimlerine etki ederken; yıllar içinde sanayileşme ve ekonomik krizlerin, dayanışma içinde yaşayan insanları mücadeleye zorladığı açık bir gerçektir. İnsanlar zamanla geçim derdinin sıkıntılarına düşmüştür. Nüfusun artması ile işsizlik de tırmanmış ve insanlar için yaşamak daha zor hale gelmiştir. Bunun neticesinde de insanlar dayanışma içinde yaşamaktan vazgeçerek mücadele içinde yaşamak yoluna gitmiştir. Kişiler çalıştıkları işi kaybetmemek, işe yeni başlayanları devre dışı bırakmak adına ahlaki olmayan davranışlar sergilemeye başlamışlardır. İlerleyen süreçte yaşanan ortamın insan üzerindeki etkileri sonucunda sırf zevk aldığı için insanlar, kötü davranışlar yapmışlardır. İnsanlar tarafından birbirlerine uygulanan ahlak dışı davranışların genel bir hal alması, mağdurların psikolojik ve fizyolojik sıkıntılar yaşamaları, işten ayrılmaları bilim insanlarının dikkatini çekmiştir. İşyerinde psikolojik taciz uzun yıllardan beri varlığını sürdürmesine rağmen bilimsel araştırmalarda yerini bu noktada almaya başlamıştır.

Okul çağındaki çocuklar arasındaki saldırgan davranışları inceleyen çalışmalardan esinlenerek psikolojik taciz olgusunu çalışma hayatına “mobbing” terimi ile taşıyan ve inceleyen ilk araştırmacı Heinz Leymann olmuştur. “Mobbing” teriminin ilk olarak işyeri uygulamaları çerçevesinde incelenmiş olması, devamında yapılan çalışmalarda çalışma hayatıyla yakından ilişkili olarak ele alınmasına neden olmuştur.

Psikolojik taciz sürecinin nedenlerini ortaya koymak oldukça zor olmakla beraber kişisel, örgütsel ve sosyal nedenleri olduğu araştırmalar kapsamında bilinmektedir. Psikolojik tacizin nedenleri yanında etkileri de oldukça önemli bir husus olarak karşımıza çıkmaktadır. Psikolojik taciz mağduru maruz kaldığı davranışlar neticesinde psikolojisi bozulacak, özgüvenini yitirecek ve psikolojik tacizden kurtulmak için çözüm arayışlarına girecektir. Bu arayışlar içerisinde iken, işine karşı ilgisi azalacak, başarılı olsa bile sevinmeyecek, iş görme motivasyonu azalacak ve başka bir iş arayışı içerisinde olacaktır. Bunun neticesinde psikolojik ve fizyolojik rahatsızlıklar yaşayan mağduru aile yaşantısı da

bozulacaktır. Psikolojik taciz davranışlarının mağdurun işi bırakmasına neden olacak kadar mutsuz olması sonucunu doğurması halinde örgütsel verimlilik de olumsuz olarak etkilenecektir. İşyerinde, mağdura yapılan davranışlar yüzünden güvensizlik ortamı oluşması neticesinde diğer çalışanlarında motivasyonu düşecek ve işteki verimlilik azalacaktır. İşyerinde psikolojik tacizin yalnızca kişinin kendisine değil topluma ve ekonomiye de zarar verdiği, bu nedenle konunun yalnızca psikolojik açıdan incelenmesi ve değerlendirilmesi kavrama çözüm getirmek açısından yetersiz kalacaktır. Dolayısıyla işyerinde psikolojik tacizin hukuk alanında da incelenmesi ve tartışılması gerekmektedir.

İşyerinde psikolojik taciz olgusu mağdurun üzerinde etkiler bıraktığı gibi mağdurun çalışma ortamı olan örgüt üzerinde de oldukça büyük ve yıkıcı etkiler oluşturmaktadır. Şiddetin inceltilmiş biçimi olan psikolojik taciz, fiziki şiddetten daha kalıcı psikosomatik etkiler bırakabilmektedir. Fiziksel olarak yaşanan şiddetin ortaya çıkarılması ve tedavisi, hem fiziksel hem de psikolojik sonuçları olan psikolojik tacizin etkilerini gidermekten daha kolay olabilmektedir. Aynı zamanda psikolojik tacizin nedenlerini ortaya çıkarmak fiziksel şiddet kadar kolay olmayıp bu durum psikolojik tacizle mücadeleyi daha da zorlaştırmaktadır. Biz de çalışmamızda işyerinde psikolojik taciz olgusunun nedenleri ile etkilerini anlatmaya çalışacağız.

I. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZİN NEDENLERİ

Çalışma hayatında insanların buldukları ortam stresli olduğundan zaman zaman kişiler arasında çatışmalar, anlaşmazlıklar çıkabilmektedir. Bu tarz anlaşmazlıklar esasında hukuki olarak önem arz etmez. Ancak bu anlaşmazlıklar sistematik ve sürekli hale dönüşürse işyeri ortamı ve çalışanlar üzerinde olumsuz etkileri olacaktır³¹. Araştırmalara göre; işyerinde psikolojik tacizin oluşumunda etkili olan işyeri içindeki uyuşmazlıklar, genel olarak insanların farklı fikir ve düşünce yapısında olmalarından kaynaklanmaktadır³². İnsanın kendi

³¹ Sargın, Selinda. *İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2020, s. 32.

³² Kantarcı, Nihan Gizem. *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Melikşah Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2016, s. 93.

seçmediği insanlarla iş ilişkisi kurması ve aynı ortamı paylaşmak zorunda kalması işyerinde psikolojik tacizi tetikleyen etkenler arasında sayılır³³. Stresli çalışma ortamlarında çalışanların psikolojik taciz faili veya mağduru olmaları muhtemeldir³⁴. Aynı zamanda; “yanlış personel seçimi, dönemlik işçi alınması ve işyerindeki bazı pozisyonları elde etmek için rekabet” gibi durumlar da işyerinde psikolojik tacizi doğurmaktadır³⁵.

Uluslararası Çalışma Örgütü (ILO) işyerinde psikolojik tacizi çalışanlar ve çalışma hayatı açısından büyük bir tehdit olarak görmektedir³⁶. Bunun nedeni işyerinde psikolojik tacizin tüm çalışma ortamlarında gerçekleşebilecek bir olgu olmasıdır³⁷. İşyerinde psikolojik taciz işçi işveren ve çalışanlar arasında gerçekleştiğinden tarafların kendi özellikleri psikolojik taciz nedenleri üzerinde etkin olabilmektedir. Ancak yine de psikolojik tacizin nedenleri tam olarak belirlenebilmiş değildir³⁸. Psikolojik tacizin önlenmesi ve anlaşmazlığın çözülebilmesi açısından psikolojik taciz nedenlerinin tespit edilmesi önem taşımaktadır³⁹.

İşyerinde psikolojik taciz faili, mağdurun kendine saygısını kaybettirerek, kendisine karşı terbiyeli, saygılı ve koşulsuz şekilde itaat eden birey elde etme çabası içindedir⁴⁰. Ayrıca işçinin çalışma ortamını katlanılmaz hale getirerek işten ayrılmasını sağlamak da failin amaçları arasında sayılabilir.

Çalışma ortamındaki hiyerarşi açısından çalışanların işverenlerden daha çok psikolojik tacize maruz kaldıkları ileri sürülse bile bu durum topluma göre değişmektedir. Örneğin İskandinav

³³ Tutar, Hasan/ Uslu, Ferhat. *Mobbing Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018, s. 46.

³⁴ Ermumcu, Senem. *İşyerinde Psikolojik Taciz*(Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011, s. 21.

³⁵ Erdoğan, Gülnur. “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)”, *TBB Dergisi*, S. 83, 2009, s. 321.

³⁶ Işkın, Gülay. *İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010, s. 10.

³⁷ Keskin İšoğlu, Benay. *Hukuki Boyutuyla İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2015, s. 10.

³⁸ Tınaz, Pınar/ Bayram, Fuat/ Ergin, Hediye. *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008, s. 37; Işkın, s. 10.

³⁹ Lokmanoğlu, Salim Yunus. *İşyerinde Psikolojik Taciz Mobbing*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 39; Ermumcu, s. 21.

⁴⁰ Tutar, Hasan. “İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 2, 2004, s. 110.

ülkelerinde yapılan bir çalışmada psikolojik tacizin aynı düzeydekiler arasında daha çok gerçekleştiği ortaya çıkmıştır⁴¹.

İşyerinde psikolojik tacize neden olan pek çok neden bulunmaktadır. Bir psikolojik taciz davranışına çoğunlukla birden fazla neden etkili olabilmektedir⁴². Bu nedenleri dört ana başlık altında inceleyebiliriz. Bunlar failden kaynaklanan nedenler, mağdurdan kaynaklanan nedenler, örgütsel nedenler ve sosyal nedenlerdir. Ancak bu noktada şu hususa dikkat çekmek gerekir ki; işyerinde psikolojik taciz uygulanmasının hiçbir haklı nedeni olamaz.

1. Mağdurdan Kaynaklanan Nedenler

İşyerinde çalışan bireylerin sahip olduğu bazı özellikler onu psikolojik taciz mağduru yapabilir. Mağdurun yaş, zekâ, yeterlilik, yaratıcılık, fiziksel görünüş, başarı, özgüven, eğitim durumu, girişkenlik, üretkenlik, işyerine bağlılık gibi olumlu özellikleri süreçte etkili olabilmekte, failer tarafından hedef haline gelebilmektedir⁴³.

Mağdurun kıdemi psikolojik tacize maruz kalmasında etkili olmaktadır. Çalışanın kıdeminin çok düşük olması veya çok yüksek olması psikolojik taciz açısından kişiyi risk altına sokmaktadır. İşveren tarafından kıdemi yüksek işçiler ile emekliliği gelmiş işçilere yönelik psikolojik taciz uygulandığı sıklıkla görülmektedir⁴⁴.

İşyerinde çalışan kişinin yaşının çok küçük olması veya kişinin yaşlı olması da psikolojik taciz mağduru olmasına zemin hazırlamaktadır.

Mağdur kişinin işyerinde çalışan diğer kişilerden farklı olması da psikolojik tacizi tetikleyici etki yapmaktadır. Kişinin farklı dini

⁴¹ Bayrak Kök. Sabahat. "İş Yaşamında Psiko-Şiddet Sarmalı Olarak Yıldırma Olgusu ve Nedenleri", *SÜSBE Dergisi*, S. 16, 2006, s. 438.

⁴² Özen, Serap. "İşyerinde Psikolojik Şiddet ve Nedenleri", *İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, C. 9, S. 3, 2007, s. 21.

⁴³ Çobanoğlu, Şaban. *Mobbing- İşyerinde Duygusal Saldırı Ve Mücadele Yöntemleri*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2005, s. 23-24; Alparslan, Ali Murat/ Tunç, Hakan. "Mobbing Olgusu Ve Mobbing Davranışında Duygusal Zekâ Etkisi", *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, C. 1, S. 1, 2009, s. 153; Tutar, 2004, s.111-112.

⁴⁴ Palabıyık, Burak Buğra. *Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı*, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021, s. 47.

inanca sahip olması, herkesten farklı giyinmesi, farklı ırk ve etnik kökene sahip olması, yabancı olması, engelli olması ve hatta herkesin evli olduğu işyerinde bekâr olması bile psikolojik taciz mağduru olması için yeterli olabilmektedir⁴⁵.

Kişinin işinde başarılı olması kıskanılma ihtimalini artırdığı için psikolojik taciz mağduru olma ihtimalini de artırmaktadır. Kişinin işyerinde takdir toplaması diğer çalışanlar tarafından hoş karşılanmayacağı için çalışanlar tarafından psikolojik tacize maruz bırakılabilmektedir. Aynı şekilde kişinin çalışmalarının iyi olmamasının işveren açısından olumsuz etki yaratacağı, işveren çalışanı işten çıkarması halinde karşılaşacağı sonuçlara katlanmamak için de çalışanı bezdirerek istifa etmesini sağlamaktadır⁴⁶.

Aynı zamanda kişinin utangaç, kararsız, içe kapalı, itaatkâr, vicdani yönü yüksek, kendine olan saygısı düşük, endişeli olması da psikolojik taciz mağduru olmasına zemin hazırlamakta, fail tarafından mağdurun bu özellikleri istismar edilmektedir. Ancak Leymann mağdurun karakterinde karmaşa yaşamasını maruz kaldığı psikolojik tacizin bir belirtisi olarak görmekte ve buna ilişkin verilerin objektif olmayacağını belirtmektedir⁴⁷.

Kişinin duygusal zekâsının da psikolojik taciz açısından önem arz ettiği belirtilmektedir. ACAR duygusal zekâyı *“bireyin yaşamındaki başarısının belirleyicisi olarak, öncelikle kendine ait duygularını fark edip tanıması, onları uygun şekilde kontrol edebilmesi ve yaşamındaki hedefleri için öz motivasyonunu gerçekleştirebilmesi ile ilişkili bireysel yetenek ve becerilerle, karşısındaki kişilerin duygularını fark edip, kendini onların yerine koyabilmek ve çevresindeki kişilerle iyi ilişkiler içinde etkileşim kurabilmekle ilişkili sosyal yetenek ve becerilerin bir kombinasyonudur”* şeklinde tanımlamıştır. Duygusal zekâyı sahip kişilerin empati yapabilen, kendisini eleştirebilen kişiler olduğu için psikolojik tacize daha çok

⁴⁵ TINAZ, Pınar. *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, 3.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011, s. 104-105; Çobanoğlu, s. 52-53.

⁴⁶ Palabıyık, s. 47.

⁴⁷ EİNARSEN, Stale, “Bullying and harassment at work: Unveiling an organizational taboo”, *Transcending Boundaries: Integrating People, Processes and Systems*, Hosted by: The School of Management, Griffith University, Proceeding of the 2000 Conference Brisbane, Queensland Australia 6-8 th September, 2000, s. 9 dan aktaran Ermumcu, s. 22,23.

maruz kaldıkları ifade edilmektedir⁴⁸. Ancak düşünüldüğü zaman duygusal zekâya sahip kişilerin sahip olduğu özellikler nedeniyle psikolojik tacizle daha rahat mücadele edeceği anlaşılabilecektir. Yani duygusal zekâ insanların psikolojik taciz mağduru olma potansiyelini artırırken aynı zamanda tacizle mücadelesini kolaylaştırıcaktır⁴⁹.

İşyerinde psikolojik tacizin bir nedeni de cinsiyet olabilmektedir. Ancak cinsiyetin psikolojik tacize maruz kalmak konusunda bir etken olduğu konusunda yapılan çalışmalar birbiri ile örtüşmemektedir. Bazı ülkelere, bölgelere ve kültürlere göre kadınların farklı bakış açısına sahip olması, kadınlar arasındaki rekabetin erkeklere oranla daha yüksek olması nedenleriyle kadınların psikolojik tacize maruz kalma ihtimali artabilecektir⁵⁰.

Mağdurlara psikolojik tacizin neden uygulandığı ile ilgili yapılan bir araştırma neticesinde; araştırmaya katılan kişilerin %58'inin kendilerine uşak gibi davranılmasına karşı çıktıkları için, %56'sının üst konumda bulunanlardan daha yetenekli oldukları için, %46'sının ise işyerinde herkes tarafından sevildikleri için psikolojik tacize maruz kaldıkları ortaya konulmuştur⁵¹.

Yukarıda da açıkladığımız gibi işyerinde psikolojik tacize maruz kalan bireylerin kişilik özelliklerinin ikiye ayrıldığı görülmektedir. Birinci grup bireylerin hakkını aramaktan çekinen, dürüst, iyiniyetli, tartışmadan uzak duran, sosyal becerisi çok olmayan özelliklere sahip olduğu. İkinci grup bireylerin ise tam aksine yüksek özgüven sahibi, başarılı, becerikli, girişken oldukları dikkat çekmektedir⁵².

2. Failden Kaynaklanan Nedenler

İşyerinde psikolojik taciz uygulayıcılarının bunu neden yaptığı konusunda net bir sonuca varılmamış ise de; faillerin genel olarak psikolojik rahatsızlıklarının olduğu kendi eksikliklerini gidermek için psikolojik tacize başvurdukları bilinmektedir. Failler kendi

⁴⁸ Acar, Füsün. "Duygusal Zekâ ve Liderlik", *ERÜSBE Dergisi*, C. 1, S. 12, 2002, s. 55.

⁴⁹ Çukur, Cengiz. *Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz*, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2016, s. 13.

⁵⁰ Palabıyık, s. 47-48.

⁵¹ Tutar, Hasan. *Mobbing (Nedenleri Ve Başa Çıkma Stratejileri: Kuramsal Yaklaşım)*, Detay Yayınları, Ankara 2015, s. 145.

⁵² Ermumcu, s. 22.

yetersizliklerini başkalarına zarar vermek suretiyle gizlemeye çalışmaktadır⁵³.

İşveren olan fail, çalışanını işten çıkardığı takdirde bir takım işçi alacaklarını vermek zorunda olduğunu bildiğinden bu ödemelerden kurtulmak için çalışanına psikolojik taciz uygulayarak onu yıldırarak suretiyle istifa etmeye zorlar. Ayrıca fail mağduru ikale sözleşmesine zorlamak, emekliliğe sevk etmek, mağdurun terfi almasını engellemek, yaptığı işi veya yerini değiştirmek amaçlarıyla da psikolojik taciz uygulamaktadır. Bazen de fail kendisinden daha başarılı olan mağdurun kendi yerini tehdit ettiği düşüncesiyle psikolojik taciz uygulamaktadır.

Failin psikolojik taciz uygulaması failin karakterinden de kaynaklanır. Fail takıntılı ve önyargılı olduğu için kendisine komplo hazırlandığını düşünür, önyargıları neticesinde kendi hayal dünyasında senaryolar oluşturur ve bu senaryoların gerçekleşmemesi için psikolojik taciz uygular. Ayrıca fail bencil kişiliği yüzünden kendi hatalarını görmez ve etrafındaki herkesin hatalarını ortaya çıkarmak için çabalar.

Psikolojik taciz faileri genellikle “sosyal beceri eksikliği” olan insanlar oldukları için kendilerine sürekli övgü ve ilgi beklerler, bu ihtiyaçları karşılanmadığı zaman ise kendi eksikliklerini gidermek amacıyla psikolojik tacize başvururlar. Failler, çocukluk travmalarına sahip insanlar olabilmekte bu kişilerin yaşamış olduğu olaylar karşımıza psikolojik taciz davranışı olarak çıkabilmektedir⁵⁴.

Leyman’ a göre failden kaynaklanan psikolojik taciz sebepleri⁵⁵; mağduru grup kuralını kabul etmeye zorlamak, düşmanlıktan hoşlanmak, can sıkıntısı içinde zevk arayışı, önyargıları pekiştirmek şeklindedir.

⁵³Akgeyik, Tekin/ Güngör Delen, Meltem/ Uşen, Şelale/ Omay, Umut. “İşyerinde Psikolojik Taciz Olgusu: Niteliği, Yaygınlığı ve Mücadele Stratejisi”, *Sosyal Siyaset Konferanslar Dergisi*, S. 56, 2009, s. 122-123; Atman, Ümit. “İşyerinde Psikolojik Terör: Mobbing”, *Sağlıkta Kalite ve Performans Dergisi*, C. 3, S. 1, 2012, s. 164.

⁵⁴Büyükkılıç, Gül. “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 33, 2012, s. 88; Çukur, 2016, s. 14-15.

⁵⁵ Savaş, Fatma Burcu. *İşyerinde Manevi Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006, s. 10.

Psikolojik taciz faillerinin kişilik yapılarında 8 farklı özellik vurgulanmaktadır. Bunlar;

- Antipatiktir, kendi konumlarını yükseltmek için başkalarına iftira atmaktan çekinmeyen, diğer kişilerin gelişimlerini önlemek amacıyla güç kullanan, kendi eksikliklerini gizlemek amacıyla herkesi kontrol eden kişilerdir.
- Ayrıcalıklı ve vazgeçilmez olduğuna inanır, güç kullanma lüksüne sahip olduğunu düşünen, gerilimden beslenen ve iş ortamında gereksiz stres yaratarak kendi istediği ortamı oluşturmaya çalışan, liderlik vasfı olmadığı halde lider konumuna gelebilmek için çabalayan kişilerdir.
- Narsisttir, kendini herkesten üstün görerek hayal dünyasında yaşayan zihin bozuklukları olan kişilerdir.
- Düşmanlık besler, başarılı olmak isteyen kişileri yıldırmaya çalışan, benmerkezci ve egoist, işyerinin değerlerini önemsemeyen, kendi değer yargılarının işyerinin değer yargıları olduğunu düşünen kişilerdir.
- Sadisttir, insanlara karşı saygısız ve kaba davranan, yapılan eziyetlerden zevk duyan kişilerdir.
- Önyargılı ve duygusaldır, davranışlarında akılcı bir zemin bulunmayan, mağdur olarak belirlediği kişilerin din, kültür yapısından hoşlanmadığı için bunu yapabilirken sadece sevmediği bir kişiye benzemesi sebebi ile de kişileri psikolojik taciz hedefi yapabilen kişilerdir.
- Kötüdür, kendi psikolojik durumunu korumak için başkalarına saldırarak ruh sağlıklarını bozan, kendisi dışında herkesin değersiz olduğunu düşünen kişilerdir.
- İşe yaramazdırlar, yaptıkları işi sürekli abartan, kendi işlerinin zorluğu ve yoğunluğundan bahsederken başkalarının işini küçümseyen, durmadan çalışıyor görüntüsü veren, kendisi olmadığı takdirde işyerinde işlerin yürümeyeceği algısını oluşturmaya çalışan kişilerdir⁵⁶.

⁵⁶ Baykal, Cem. "Eski Bir Suç, Yeni Bir Tanım; Mobbing", *Türk Kütüphaneciliği*, C. 28, S. 4, 2014, s. 631.

Psikolojik taciz sürecinde fail her zaman bir kişi olmaz. Psikolojik taciz davranışlarını bir grup da gerçekleştirebileceği gibi bazen psikolojik taciz faili arkadaşlarını yanına çekmektedir⁵⁷. Bu grup içerisindeki faillerden bazıları grup dışında kaldığı takdirde kendisinin de mağdur olacağı düşüncesine kapılarak psikolojik taciz davranışlarını gerçekleştirmektedir⁵⁸.

Sonuç olarak, psikolojik taciz faillerinin yalancı, inkârcı, sinirli, vicdansız, bencil, pişmanlık duymayan, güce eğilimli, yetişkinlerle tartışmayı sürdüremeyen karaktere sahip oldukları ve psikolojik tacizi bir araç olarak kullandıkları anlaşılmaktadır⁵⁹.

3. Örgütsel Nedenler

Bir işyerinde psikolojik taciz yaşıyorsa bunun temelde iki nedeni vardır. Bunlar; bahse konu işyerinin psikolojik tacize engel olacak şekilde kurgulanmamış olması ya da işyerinin psikolojik tacize cesaret veriyor veya görmezden geliyor olmasıdır⁶⁰. İşyerinde psikolojik tacizin örgütsel nedenlerini genel olarak; örgüt kültürü, örgüt iletişimi ve örgüt yapısı şeklinde ayırabiliriz.

Örgüt Kültürü; işyerinde çalışan örgüt üyelerinin düşünce ve davranışlarını yönlendiren değer ve inançlardır. Bir başka ifade ile çalışanlar tarafından örgütün nasıl görüldüğü ve nasıl algılandığını gösteren inançlar toplamıdır⁶¹. Örgüt kültürünün oluşması, çalışanların toplu yaşamasının bir sonucu olarak ortaya çıkmaktadır. Her örgütü farklılaştıran ve diğer örgütlerden ayıran bir takım özellikler mevcuttur⁶². Örgütler birbirinden farklı fikir yapısındaki insanlardan oluşmaktadır. Ancak bu insanların hepsi çalıştıkları iş ve görevlerinin gerektirdiği ölçütlerle bir araya gelerek bir grup oluşturmuşlardır. Örgüt kültürü, çalışanların örgütün amacını kendi amaçları olarak görmesini, ortak kuralları

⁵⁷ Yılmaz, Hasan/ Kaymaz, Abubekir, "Kurumsal Bir Risk unsuru: Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)", *Denetim*, S. 14, 2014, s. 75.

⁵⁸ Işkın, s. 11.

⁵⁹ Tutar, 2004, s. 111-112.

⁶⁰ Savaş, s. 11.

⁶¹ Hsleine Zafer. Samira. *Mobbing ve Duygusal Bağıllık Arasındaki İlişkiyi Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2018, s. 27-28; Palabıyık, s. 50.

⁶² SOLAKOĞLU, İlkay. *İşletmelerde Mobbing'in Örgütsel Stresle İlişkisi ve Bir Sağlık Kuruluşunda Uygulama* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Dumlupınar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2007, s. 34.

benimsemelerini ve paylaşımında bulunmalarını sağlar. Bunlar gerçekleştiği takdirde örgütün verimliliği ve sosyal ilişkileri artar. Ancak örgüt kültürü zayıf olursa örgüt içindeki sorunlar artar ve örgüte zarar vermeye başlar. Psikolojik taciz eylemleri genellikle örgüt kültürü zayıf olan işyerlerinde görülmektedir.

Örgütte çalışanlar değerlendirmeye alınırken belirli objektif kıstasların olmaması, iş konusunda belirsizliklerin varlığı, çalışanların tedirgin olmasına ve başarısız olacakları korkusu yaşamalarına neden olmaktadır. Bu durum yaygın hale geldiği zaman da psikolojik tacize neden olabilmektedir.

Bazı örgüt kültürlerinde psikolojik taciz örgüt stratejisi olarak uygulanmaktadır. Bazı kamu kurumlarında da strateji olarak uygulandığı görülmektedir. Özel sektörde psikolojik tacizin strateji olarak uygulanma sebebi ekonomik kaygılar olduğu halde kamu kurumlarında uygulanma sebebi genel olarak politik sebeplerden olmaktadır⁶³.

Örgüt iletişimi; insanların duygu ve düşüncelerini ifade etmek için kullandıkları söz, tutum ve davranışlara iletişim denir. İletişim sayesinde örgüt arasındaki etkileşim sağlanmaktadır. Örgütsel iletişim örgütün amaçlarını sağlamak için hem örgütün bölümleri içerisinde hem de örgütün dış çevresi ile verimli ilişkilerin kurulmasını sağlayan toplumsal bir süreçtir. Etkili iletişim sayesinde örgüt içerisinde çıkan çatışmalar çözüme kavuşturulup yeni çatışmalar önlenabilmektedir. Çalışanların hiyerarşik olarak üstünde olanlarla etkili bir iletişim kurması çalışanların motivasyonunu da artırmaktadır⁶⁴. Örgüt içerisinde iletişim doğru şekilde sağlandığı zaman çalışanlar örgütün amacını daha iyi kavrayacaktır⁶⁵.

Örgütlerin büyümesi ve karmaşıklaşması örgütteki iletişimi zorlaştırmaktadır. Üstlerine ulaşamayan çalışan işleriyle ilgili bilgisiz kalmakta bu da dışlanmasına neden olmaktadır, bu süreçte de psikolojik taciz faili durumu fırsat bilerek mağdur hakkında

⁶³ Tınaz, s. 156.

⁶⁴ Demirtaş, Mine. "Örgütsel İletişimin Verimlilik ve Etkinliğinde Yararlanılan İletişim Araçları ve Halkla İlişkiler Filmleri Örneği", *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 28, S. 1, 2010, s. 413.

⁶⁵ Ada, Nesrin. "Örgütsel İletişim ve Yeni Bilgi Teknolojileri; Örgütsel İletişim Ağları", *Ege Akademik Bakış Dergisi*, C. 7, S. 2, 2007, s. 544.

dedikodular üreterek mağdurun saygınlığını zedeleyecektir. Doğru iletişim sağlandığı takdirde ise psikolojik taciz olgusu önlenilecektir.

Örgüt yapısı: işyerinde çalışanlar arasındaki iş dağılımının resmi olarak dağıtımı, faaliyetlerin kontrolü ve bütünlüğü için yapılan yönetime dair bir araçtır. Eğer örgütte yanlış yapılanmalar mevcutsa örgüte zarar vereceği için örgüt yapısı oldukça önemlidir⁶⁶. Örgütsel nedenlerin en önemlisi örgütün yapısıdır. Örgütü oluşturan insanların fikir ve düşüncelerinin farklı olması nedeniyle iletişim problemleri yaşanmaktadır. Bu da psikolojik tacize neden olabilmektedir.

Örgüt yapısından kaynaklanan psikolojik taciz nedenlerine; grup çalışmasındaki yetersizlik, şikâyet yöntemlerinin belirsiz olması, denetimin geniş ya da dar olması, çatışma yönetiminin etkisiz olması, sorun çözmedeki yetersizlikler örnek olarak verilebilir. Kısaca, geleneksel yöntemleri korumaya çalışıp yeniliğe kapalı olan, eğitim seviyesi düşük örgüt yapılarında psikolojik taciz durumunun oluşma olasılığı daha yüksektir.

İşyerinde psikolojik tacizin başka sebepleri de olabilmektedir. Örgütün kötü yönetilmesinden kaynaklı olarak da psikolojik taciz olgusu ortaya çıkmaktadır⁶⁷. Ayrıca yöneticinin yönetim becerisi ile çalışanların psikolojik tacize uğraması arasında ilişkinin olduğunu gösteren çalışmalar da mevcuttur⁶⁸. İşyerlerinde bazen yöneticiler, psikolojik tacizin örgütlerde yaygın olduğunu bilmedikleri için ne gibi önlem alacaklarını da bilmezler, psikolojik taciz davranışlarına izleyici olarak kalırlar. Bu da psikolojik tacizin tırmanmasına neden olur⁶⁹. Yöneticilerin duygusal zekâlarının yeterli derecede olmadığı zamanlarda işyerinde psikolojik taciz ile baş etmek daha da zorlaşır. Örgüt yöneticilerinin bilimsel zekâlarının yanında duygusal zekâlarının da yüksek seviyede olması gerekmektedir.

⁶⁶ Demir, Halis/ Tarhan, Okan. "Teknoloji, Örgüt Yapısı ve Performans Arasındaki İlişkiler Üzerine Bir Araştırma", *Doğuş Üniversitesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2009, s. 58-59.

⁶⁷ Eşenli, Gözde/ Aktel, Mehmet. "Yönetimde Örgüt Kültürü ile Mobbing İlişkinin Yeri ve Önemi", *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 24, S. 3, 2019, s. 531.

⁶⁸ Tiyek, Ramazan. "Yıldırma Ve Yönetim Becerileri Üzerine Bir Araştırma", *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2011, s. 137.

⁶⁹ Tunçel, Özgür. "Kişilik ve Örgüt Kültürü Bağlamında Yıldırma Davranışının Örgütsel Bağlılık Üzerine Etkisi: Ampirik Bir Çalışma (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)", Muğla Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2009, s. 64.

Çalışma yaşamında işin niteliği, iş yapma şekli, çalışma ortamının fiziksel koşulları da tek başına psikolojik tacize neden olabilmektedir⁷⁰.

4. Sosyal Nedenler

Mağdurların maruz kaldıkları psikolojik taciz olgusunun, insanların yaşamış oldukları toplumdan bağımsız olarak düşünülmesi mümkün değildir. Toplumun ekonomik ve sosyal yapısı, kültürel ve ahlaki değerleri psikolojik taciz uygulanmasına neden olduğu gibi, uygulanan psikolojik tacizin sıklığını da etkilemektedir.

Ülkede işsizlik artmışsa ve çalışanların artık bir değeri yoksa bu durum psikolojik taciz uygulanmasına neden olabilmektedir. İşverenler, mevcut işçinin yerine çok daha az ücretle çalışabilecek başka bir işçi bulabileceğinin bilincinde olduğu için işçinin kendiliğinden işten çıkması için psikolojik tacize başvurabilmektedir⁷¹.

Toplumda kadınlar açısından cinsiyet ayrımının yapılması da psikolojik taciz uygulanmasına neden olabilmektedir. Çalışma yaşamında kadınların erkekler karşısında eşit olarak görülmemesi cinsiyetçi işyerinde psikolojik tacize yol açmaktadır⁷².

Son senelerde çalışma ortamlarındaki rekabetçilik, sosyal bozulma, bireysellik, verimlilik baskısı, bilinçsizlik, belirsizlik gibi faktörler işyerinde psikolojik tacizin artmasına neden olmaktadır⁷³. Aynı zamanda göç, işyerlerinde liyakate önem verilmemesi, yabancılaşma, çalışma kültürünün yok olması gibi faktörler de işyerinde psikolojik tacizin artmasında önemli birer etkidir⁷⁴.

Toplumsal özellikler aynı zamanda psikolojik tacizin kim tarafından yapıldığını da etkilemektedir. Örneğin İngiltere ve

⁷⁰ Karakaş, Sibel Asi/ Okanlı, Ayşe. "Hemşirelik ve Mobbing", *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 4, 2013, s. 570.

⁷¹Tetik, Semra. "Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi" , *KMÜ Sosyal Ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 18, 2010, s. 81.

⁷² Pehlivan, Meriç. "Bireysel Ayrımlar ve Toplumsal Dezavantajlar Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz: Mobbing" , *MAKÜ İİBF Dergisi*, C. 2, S. 4, 2015, s. 76.

⁷³ Çukur, Cengiz. "İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)" , *Çimento İşveren Dergisi*, C. 26, S. 2, 2012, s. 41.

⁷⁴ TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu: *İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu*, Ankara 2011, s. 13.

Amerika' da psikolojik taciz üstleri tarafından çalışanlara yapılmakta iken İskandinav ülkelerinde psikolojik tacizin daha çok çalışma arkadaşları arasında gerçekleştiği bilinmektedir⁷⁵.

Son olarak belirtmek gerekir ki psikolojik taciz nedenlerinin tespiti amacıyla yapılan bir araştırmaya göre;

-Yönetim ile çalışanlar arasındaki iletişim eksikliği

-Yönetim ile çalışanlar arasındaki güven eksikliği

-Yoğun stres altında çalışmak

nedenlerinin %50 oranında olduğu sonucuna ulaşılmıştır⁷⁶.

II. İŞYERİNDE PSİKOLOJİK TACİZİN ETKİLERİ

İşyerinde psikolojik taciz süreci mağdurun zararlı ve saygısız davranışlara hedef olması ile başlar, sonrasında failin saldırgan davranışları ile devam eder. Sonraki süreçte ise mağdur, akıl hastası, problemlili ve sorunları çıkaran kişi olarak aksettirilir. Bazen saldırgan olarak mağdurun iş arkadaşları da eylemlere katılır. Mağdurun toplumsal saygınlığı zedelenmeye çalışılır. Süreç mağdurun işine son verilerek ya da mağdurun istifası ile sonuçlanır.

İşyerinde psikolojik tacizin etki alanı çok yönlüdür. Süreçte mağdurların yanı sıra, mağdurun ailesi, çalıştığı örgüt ve hatta toplum etkilenmektedir.

1. Mağdur Üzerindeki Etkileri

Psikolojik taciz olgusunda en çok mağdur zarar görmektedir. Kasıtlı ve sistemli bir şekilde gerçekleştirilen psikolojik taciz davranışlarının etkileri mağdur üzerinde yavaş yavaş oluşan birikimli zararlar olmaktadır. İşyeri yönetimi psikolojik tacizi destekler veya görmezden gelirse tacizin mağdur üzerindeki etkisi artmaktadır⁷⁷.

Psikolojik taciz davranışları mağdurda gereksiz korku ve heyecana yol açmaktadır. Mağdur sürekli stres halinde olmakta bu da

⁷⁵ Akgeyik/ Güngör Delen/ Uşen/ Omay, 2009, s. 111-112.

⁷⁶ Çarıkçı, İlker/ Yavuz, Hüseyin. "Çalışanlarda Mobbing (Psikolojik Şiddet) Algısı: Sağlık Sektörü Çalışanları Üzerine Bir Araştırma", *SDÜSBE Dergisi*, S. 10, 2009, s. 59-60.

⁷⁷ Dalgaldere, Ayşegül. *Yargı Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2021, s. 67.

mağdurun ruhsal olarak hastalanmasına sebep olmaktadır. Mağdurda “strese bağlı posttravmatik bozukluk”, “travma sonrası stres bozukluğu”, “anksiyete bozukluğu”, “tükenmişlik sendromu” gibi rahatsızlıklar görülmektedir. Bu durum savaşa katılan askerlerin, tecavüz ve işkence mağdurlarının, büyük felaketler sonucu insanların yaşadıkları psikolojik duruma benzetilebilecektir⁷⁸.

Psikolojik taciz sürecinde mağdur zihinsel bulanıklığın ardından zihinsel donukluk yaşayarak olayları bütünlük içinde kavrama yeteneğini kaybeder. Önce kendisine sonra da çevresine karşı yabancılaşır. Psikolojik taciz mağduru örgütsel amaçlardan uzaklaşır ve ilgisini kaybeder. Mağdur yaşadığı psikolojik taciz yüzünden anlamsız bir yaşam sürdüğünü düşünmeye başlar⁷⁹. Mağdur intiharı düşünmeye başlar, hatta intiharı gerçekleştirebilir.

Psikolojik taciz, mağdurun psikolojik sağlığının yanında fiziksel sağlığını da etkilemektedir. Bunlara; aşırı kilo değişiklikleri, kronik yorgunluk, güç kaybı, vücudun çeşitli yerlerinde ağrı ve sancı, deride kaşıntı ve döküntü örnek gösterilebilir.

Mağdur sosyal açıdan da zarar görmektedir. Mağdurun maruz kaldığı davranışlar psikolojik durumunu bozduğu için mağdurun sosyal ilişkileri ve imajı zedelenmektedir. Mağdur psikolojik taciz sonucu içine kapanır, utangaç bir birey haline dönüşür, insanlarla iletişimi en az düzeye iner. Mağdur iş hayatında dışlandığı için öfkesini ister istemez aile yaşantısına da yansıtır. Bunun sonucunda mağdurun aile yaşamı da etkilenir. Yapılan bir araştırmaya göre işyerinde psikolojik taciz ile yaşam tatmini arasında anlamlı ve negatif bir ilişkinin ortaya çıktığı tespit edilmiştir⁸⁰.

Psikolojik taciz sonucunda fiziksel ve ruhsal olarak sağlığı bozulan mağdur hastanelere ve ilaçlara harcamalar yapmaktadır. Mağdur bozulan sağlığı nedeniyle en son aşamada çalışamaz hale gelir ve

⁷⁸ Karşoğlu, Güldane. *İşyerinde Mobbing (Psikolojik Taciz) Ve Çalışan Motivasyonu Üzerindeki Etkileri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011, s. 31.

⁷⁹ Tutar/ Uslu, s. 62.

⁸⁰ Temiz, Nevin. *Mobbingin Yaşam Kalitesine Etkisi: Kobi Çalışanları Üzerine Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Türk Hava Kurumu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016, s. 75.

işten çıkarılır ya da emekli olmaya zorlanır, bunların hepsi mağdurun psikolojik taciz davranışlardan ekonomik olarak da etkilendiğini göstermektedir.

Yapılan bir araştırmaya göre psikolojik tacize uğrayan mağdurların %43,9'u hastalanmış, %30,8'inin çalışma yeri değiştirilmiş, %22,5'i işini bırakmış, %14,8'i ise işten çıkarılmıştır⁸¹.

2. Örgüt Üzerindeki Etkileri

Psikolojik taciz olgusu çalışılan örgütü de oldukça olumsuz olarak etkilemektedir. İşyerinde psikolojik taciz örgüt kültürünü bozarak örgüte ekonomik ve sosyal açıdan etkiler bırakmaktadır.

Öncelikle psikolojik taciz uygulanan örgütte stres artacaktır. Strese bağlı olarak örgüt içindeki uyum, iletişim, dayanışma olumsuz etkilenecek huzursuzluklar ortaya çıkacaktır. Bu durum da çalışanların motivasyonunun düşmesine neden olacaktır. Motivasyonu düşen çalışanların verimi de azalacak bu da örgütün kârını olumsuz yönde etkileyebilecektir. Manisa'da yapılan bir araştırma sonucunda tüm işyerinde psikolojik taciz davranışlarının işyerindeki verimlilik düzeyini olumsuz yönde etkilediği sonucuna varılmıştır⁸².

İşyerinde psikolojik taciz mağdurunun yaşadıklarını üçüncü şahıslara anlatması ile işyerinin saygınlığı da lekelenecek, işyeri müşteri kaybı yaşayabilecektir. Örgütün psikolojik taciz uygulanan bir yer olarak duyulması sonucunda genç ve dinamik kişilerin örgütte çalışmak istemeyecekleri ve örgüte başvuruda bulunmayacakları da olağan etkilerden biri olacaktır. Ayrıca mağdurun örgüte karşı işyerinde psikolojik tacizin ispatına ilişkin dava açması ve bu davayı da kazanması halinde örgüt davadan kaynaklı masrafları ödemek zorunda kalarak ekonomik zarara uğrayacaktır.

İşyerinde psikolojik taciz davranışları sonucunda mağdurun yanında iş arkadaşları da olumsuz etkilenecektir. İşyerinde

⁸¹ Akgeyik, Tekin/ Güngör, Meltem/ Uşen, Şelale/ Omay, Umut. "İşyerinde Psikolojik Taciz Fenomeni: Uluslararası Deneyimler ve Perspektifler", *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 53, 2007, s.245.

⁸² Güloğlu, Fatma Cansu. *İşyerinde Psikolojik Yıldıрма (Mobbing) Olgusunun Verimlilik Üzerine Etkisi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014, s. 49.

psikolojik taciz mağduruna yapılan davranışları gören örgütün diğer çalışanları örgütsel adaletin olmadığına inanacaktır. Arkadaşlarına yapılan davranışların kendilerine de yapılacağını düşünerek daha tedirgin çalışabileceklerdir. İşyerinde psikolojik taciz davranışları yüzünden mağdurun ve örgütte diğer çalışanların dikkatleri dağılacak ve güvenlik önlemlerini yeterli düzeyde almayacaklardır. Bunun sonucunda da meslek hastalıkları ve iş kazalarının görülme ihtimali artacaktır.

İşyerinde psikolojik taciz mağdurları maruz kaldıkları davranışlar sonucunda genel olarak işten istifa etmektedir. Bunun neticesinde de örgüt belki de en iyi ve yetenekli çalışanlarından birini kaybetmekte ve yeni çalışan arayışına girmektedir. Örgütün yeni alacağı çalışanı yetiştirmek için eğitim masrafı yapması gerekecektir. İnsan kaynakları uzmanlarının yaptığı araştırmalara göre, bir çalışanın yerine yenisini almanın işyerine eski çalışanın maaşının üç ila dört katı maliyeti olabilmektedir⁸³.

Örgütte iletişim sorunlarının başında gelen işyerinde psikolojik taciz örgüt kültürünü derinden etkilemekte ve iş tatminsizliği yaşayan çalışanların işe gelmedikleri gün sayısının artmasına, çalışanların sürekli hastalık izni almasına, personel devir oranının yükselmesine, hizmet kalitesinin ve iş verimliliğinin düşmesine ve bunlara bağlı olarak personel yönetim maliyetlerinin artmasına neden olmaktadır⁸⁴.

3. Toplum ve Ekonomi Üzerindeki Etkileri

İşyerinde psikolojik tacizin mağdur ve örgüt üzerinde ortaya çıkardığı etkinin birçoğunun yansımaları toplumda da görülmektedir⁸⁵. Psikolojik tacizin yukarıda belirttiğimiz örgüte maliyetleri dışında mağdurların tedavisi için yapılan sağlık harcamaları ile sigorta masraflarındaki artışlar, devletin yardım programlarına talebin artması, işsizlik, erken emekli olup üretimden çekilen birey sayısının artması gibi örnekler psikolojik tacizin topluma ve ekonomiye zararları olarak sayılabilir⁸⁶.

⁸³ Işkın, s. 24.

⁸⁴ Tutar/ Uslu, s. 63.

⁸⁵ Güngör, Meltem. *Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz*, Derin Yayınları, İstanbul, 2008, s. 78.

⁸⁶ Dalgaldere, s. 73.

Psikolojik taciz davranışları nedeniyle toplumda çalışma yaşamına küsmüş, kariyerlerine dair umutları tükenmiş, mutsuz, tedirgin ve yılmış kişiler çoğalmaktadır⁸⁷.

Psikolojik taciz mağduru bir kişinin topluma getirdiği ekonomik yükün toplumun yıllık gelirini aştığı uzmanlar tarafından belirtilmektedir⁸⁸.

Ekonomik sonuçların yanında, psikolojik taciz mağdurunun öncelikle ailesi, iş ve sosyal çevresinin dolayısıyla da toplumun süreçten psikolojik olarak olumsuz etkilenmesi kaçınılmazdır. Meydana gelen bu sonuçlar bir zincir halinde toplumu etkisi altına alacaktır⁸⁹.

SONUÇ

İşyerinde psikolojik taciz; işyerinde veya iş ile alakalı başka bir yerde, çalışanın verimliliğini, performansını etkileyecek düzeyde belli bir süre devam eden, çalışana psikolojik ve fiziksel zarar verici, çalışanın onurunu zedeleyici hak ihlallerine yol açacak sistematik davranışlarda bulunarak işyerinden uzaklaştırılması olarak tanımlanabilir. Burada sözü geçen sistematiklik; eylemlerin birbirini takip eden ve birbiri ile bağlantılı olarak mağduru yıldırmaya veya işten ayrılmasını sağlamaya yönelik olmasını ifade etmektedir. Fail ve mağdur işyerinde çalışan herhangi bir kişi olabilmektedir.

İşyerinde psikolojik taciz davranışları sonucunda mağdur işten ayrıldığı takdirde bu defa işsizlikle ve ekonomik sorunlarla mücadele etmek zorunda kalacaktır. Bu durumdan mağdurun ailesi ve yakınları da doğal olarak etkilenecektir.

Kişisel ve örgütsel nedenler ile oluşan işyerinde psikolojik taciz, mağdurun kendisine olduğu kadar, ailesine, çevresindekilere hatta işyerine zarar veren bir konudur. İşyerinde psikolojik taciz; en genel anlamıyla işyerinde örgütsel ya da kişisel nedenlerle; yöneticiler, çalışma arkadaşları hatta astlar tarafından düzenli ve sürekli biçimde uygulanan her türlü olumsuz tavır ve davranışlardır. Birey üzerinde etkili olduğu kadar, bireyin ailesini,

⁸⁷ Güngör, s. 79.

⁸⁸ Bilge Kadın Araştırma Merkezi: *İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) Raporu*, İstanbul, 2009, s. 7; Işkın, s.24.

⁸⁹ Lokmanoğlu, s. 53.

çalıştığı işyerini ve hatta toplumu bile olumsuz yönde etkileyebilir. Bu olumsuz etkileri bertaraf etmek için konunun üzerinde önemle durulmalıdır.

Sonuç olarak psikolojik tacizin ortaya çıkış nedenleri ve nasıl ortaya çıktığına dair derinlemesine araştırmalar yapılması faydalı olacaktır. Ayrıca, konuyla ilgili yapılan araştırmaların çoğunlukla çalışanlar üzerinde gerçekleştirilmesi nedeniyle, işverenlerin konuya bakış açısını ortaya koyacak çalışmaların gerçekleştirilmesi literatüre katkıda bulunmak adına yararlı olacaktır.

KAYNAKÇA

- Acar, Füsün. “Duygusal Zekâ ve Liderlik”, *ERÜSBE Dergisi*, C. 1, S. 12, 2002, s. 53-68.
- Ada, Nesrin. “Örgütsel İletişim ve Yeni Bilgi Teknolojileri; Örgütsel İletişim Ağları”, *Ege Akademik Bakış Dergisi*, C. 7, S. 2, 2007, s. 543-551.
- Akgeyik, Tekin/ Güngör Delen, Meltem/ Uşen, Şelale/ Omay, Umut. “İşyerinde Psikolojik Taciz Olgusu: Niteliği, Yaygınlığı ve Mücadele Stratejisi”, *Sosyal Siyaset Konferanslar Dergisi*, S. 56, 2009, s. 91-150.
- Akgeyik, Tekin/ Güngör, Meltem/ Uşen, Şelale/ Omay, Umut. “İşyerinde Psikolojik Taciz Fenomeni: Uluslararası Deneyimler ve Perspektifler”, *Sosyal Siyaset Konferansları Dergisi*, S. 53, 2007, s. 231-274.
- Alparslan, Ali Murat/ Tunç, Hakan. “Mobbing Olgusu Ve Mobbing Davranışında Duygusal Zekâ Etkisi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi Vizyoner Dergisi*, C. 1, S. 1, 2009, s. 146-159.
- Atman, Ümit. “İşyerinde Psikolojik Terör: Mobbing”, *Sağlıkta Kalite Ve Performans Dergisi*, C. 3, S. 1, 2012, s. 157-174.
- Baykal, Cem. “Eski Bir Suç, Yeni Bir Tanım; Mobbing”, *Türk Kütüphaneciliği*, C. 28, S. 4, 2014, s. 629-634.
- Bayrak Kök. Sabahat. “İş Yaşamında Psiko-Şiddet Sarmalı Olarak Yıldırma Olgusu ve Nedenleri”, *SÜSBE Dergisi*, S. 16, 2006, s. 433-448.
- Bilge Kadın Araştırma Merkezi: *İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) Raporu*, İstanbul, 2009.
- Büyükkılıç, Gül. “İş Hukuku Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing) Olgusunun Değerlendirilmesi”, *İş Hukuku Ve Sosyal Güvenlik Hukuku Dergisi*, C. 9, S. 33, 2012, s. 71- 160.
- Çarıkcı, İlker/ Yavuz, Hüseyin. “Çalışanlarda Mobbing (Psikolojik Şiddet) Algısı: Sağlık Sektörü Çalışanları Üzerine Bir Araştırma”, *SDÜSBE Dergisi*, S. 10, 2009, s. 47-62.

- Çobanoğlu, Şaban. *Mobbing- İşyerinde Duygusal Saldırı Ve Mücadele Yöntemleri*, Timaş Yayınları, İstanbul, 2005.
- Çukur, Cengiz. “İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)”, *Çimento İşveren Dergisi*, C. 26, S. 2, 2012, s. 34-48.
- Çukur, Cengiz. *Türk Hukuku Ve Karşılaştırmalı Hukukta İşyerinde Psikolojik Taciz*, TBMM Araştırma Merkezi Yayınları, Ankara, 2016.
- Dalgalıdere, Ayşegül. *Yargı Kararları Işığında Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Seçkin Yayınları, Ankara 2021.
- Demir, Halis/ Tarhan, Okan. “Teknoloji, Örgüt Yapısı ve Performans Arasındaki İlişkiler Üzerine Bir Araştırma”, *Doğuş Üniversitesi Dergisi*, C. 10, S. 1, 2009, s. 57-72.
- Demirtaş, Mine. “Örgütsel İletişimin Verimlilik ve Etkinliğinde Yararlanılan İletişim Araçları ve Halkla İlişkiler Filmleri Örneği”, *Marmara Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 28, S. 1, 2010, s. 411-444.
- Erdoğan, Gülnur. “Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)”, *TBB Dergisi*, S. 83, 2009, s. 318-352.
- Ermumcu, Senem. *İşyerinde Psikolojik Taciz*(Yayımlanmamış Doktora Tezi), Dokuz Eylül Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2011.
- Eşenli, Gözde/ Aktel, Mehmet. “Yönetimde Örgüt Kültürü ile Mobbing İlişkinin Yeri ve Önemi”, *Süleyman Demirel Üniversitesi İİBF Dergisi*, C. 24, S. 3, 2019, s. 525-549.
- Güloğlu, Fatma Cansu. *İşyerinde Psikolojik Yıldırma (Mobbing) Olgusunun Verimlilik Üzerine Etkisi* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Yaşar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İzmir, 2014.
- Güngör, Meltem. *Çalışma Hayatında Psikolojik Taciz*, Derin Yayınları, İstanbul, 2008.
- Hssein Zafer, Samira. *Mobbing ve Duygusal Bağlılık Arasındaki İlişkiyi Belirlemeye Yönelik Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İnönü Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Malatya, 2018.
- Işkın, Gülay. *İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2010.
- Kantarci, Nihan Gizem. *Türk İş Hukukunda Mobbing* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Melikşah Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kayseri, 2016.
- Karakaş, Sibel Asi/ Okanlı, Ayşe. “Hemşirelik ve Mobbing”, *Gümüşhane Üniversitesi Sağlık Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 4, 2013, s. 562-576.

- Karşloğlu, Güldane. *İşyerinde Mobbing (Psikolojik Taciz) Ve Çalışan Motivasyonu Üzerindeki Etkileri* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2011.
- Keskin İşoğlu, Benay. *Hukuki Boyutuyla İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Çağ Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Mersin, 2015.
- Lokmanoğlu, Salim Yunus. *İşyerinde Psikolojik Taciz Mobbing*, 2. Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Özen, Serap. “İşyerinde Psikolojik Şiddet ve Nedenleri” , *İş, Güç Endüstri İlişkileri ve İnsan Kaynakları Dergisi*, C. 9, S. 3, 2007, s. 1-24.
- Palabıyık, Burak Buğra. *Yargı Kararları Işığında Mobbing ve İspatı*, 3.Baskı, Seçkin Yayınları, Ankara, 2021.
- Pehlivan, Meriç. “Bireysel Ayrımlıklar ve Toplumsal Dezavantajlar Çerçevesinde İşyerinde Psikolojik Taciz: Mobbing” , *MAKÜ İİBF Dergisi*, C. 2, S. 4, 2015, s. 65-78.
- Sargın, Selinda. *İşyerinde Psikolojik Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Kırıkkale Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kırıkkale, 2020.
- Savaş, Fatma Burcu. *İşyerinde Manevi Taciz* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Galatasaray Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, İstanbul, 2006.
- SOLAKOĞLU, İlkay. *İşletmelerde Mobbing'in Örgütsel Stresle İlişkisi ve Bir Sağlık Kuruluşunda Uygulama* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Dumlupınar Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Kütahya, 2007.
- TBMM Kadın Erkek Fırsat Eşitliği Komisyonu: *İşyerinde Psikolojik Taciz(Mobbing) ve Çözüm Önerileri Komisyon Raporu*, Ankara, 2011.
- Temiz, Nevin. *Mobbingin Yaşam Kalitesine Etkisi: Kobi Çalışanları Üzerine Bir Araştırma* (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi) , Türk Hava Kurumu Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Ankara, 2016.
- Tetik, Semra. “Mobbing Kavramı: Birey ve Örgütler Açısından Önemi” , *KMÜ Sosyal Ve Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, C. 12, S. 18, 2010, s. 81-89.
- TINAZ, Pınar. *İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, 3.Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2011.
- Tınaz, Pınar/ Bayram, Fuat/ Ergin, Hediye. *Çalışma Psikolojisi ve Hukuki Boyutlarıyla İşyerinde Psikolojik Taciz (Mobbing)*, Beta Yayınları, İstanbul, 2008.
- Tiyek, Ramazan. “Yıldırma Ve Yönetim Becerileri Üzerine Bir Araştırma” , *Çalışma İlişkileri Dergisi*, C. 2, S. 1, 2011 s. 113-142.

- Tunçel, Özgür. “Kişilik ve Örgüt Kültürü Bağlamında Yıldırma Davranışının Örgütsel Bağlılık Üzerine Etkisi: Ampirik Bir Çalışma (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Muğla Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Muğla, 2009.
- Tutar, Hasan. “İşyerinde Psikolojik Şiddet Sarmalı: Nedenleri ve Sonuçları”, *Yönetim Bilimleri Dergisi*, C. 2, S. 2, 2004, s. 101-128.
- Tutar, Hasan. *Mobbing (Nedenleri Ve Başa Çıkma Stratejileri: Kurumsal Yaklaşım)*, Detay Yayınları, Ankara 2015.
- Tutar, Hasan/ Uslu, Ferhat. *Mobbing Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2018.
- Yılmaz, Hasan/ Kaymaz, Abubekir, “Kurumsal Bir Risk Unsuru: Mobbing (İşyerinde Psikolojik Taciz)”, *Denetim*, S. 14, 2014, s. 73-80.

MEDENİ HUKUK

BOŞANMA DAVASINDA EŞLERİN MALLARININ YÖNETİMİNE İLİŞKİN GEÇİCİ ÖNLEMLER

Banu Bilge SARIHAN*, Mustafa YILDIRAN*.

Öz

Eşlerin sahip oldukları mallarının yönetimi, başka bir ifadeyle eşler arasındaki mali ilişkilerin düzenlenmesi “mal rejimi” olarak ifade edilmektedir. 01.01.2002 tarihiyle yürürlüğe giren Türk Medeni Kanunu (TMK) uyarınca, eşler arasında yasal mal rejimi, “edinilmiş mallara katılma rejimi”dir. Ancak akdi mal rejimi olarak; “mal ayrılığı”, “paylaşmalı mal ayrılığı” ve “mal ortaklığı” rejimleri de kabul edilebilmektedir. Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik süresi boyunca her eşin kendi malvarlığı üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği, mal rejiminin herhangi bir sebeple sona ermesi ile diğer eşin artık değerinde söz hakkına sahip olduğu bir rejimdir.

TMK. 169. maddesi, hakimin, eşlerin mallarının yönetimine ilişkin geçici önlemleri re’sen ele alacağını ifade etmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus ise geçici önlemlerin TMK uyarınca, davanın durumuna göre bağımsız olaylarda bağımsız bir şekilde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğidir. Çalışmamız kapsamında eşlerin mallarına yönelik geçici önlemler, “**Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması**” ve “**Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş**” olmak üzere iki başlık altında ayrı ayrı incelenmiştir.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması açısından, TMK’nın 199. maddesinde iki adet seçimlik şart belirtilmiştir. Birincisi, ‘*ailenin ekonomik varlığının korunması gereği*’, ikincisi ise ‘*evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*’ olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, eşlerden biri savurgan davranışlarıyla ailenin ekonomik durumunu tehlikeye sokuyor, aile yaşamına uygulaması gereken mali yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmalde bulunuyorsa, diğer eş, mahkemeye başvurarak belirli malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların iznine bağlanmasına karar verilmesini isteyebilmektedir.

* Dr. Öğr. Üyesi; Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı, bbsarihan@yahoo.com., ORC ID: 0000-0003-4686-3752.

* Stajyer Avukat, Konya Barosu. Necmettin Erbakan Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Özel Hukuk Yüksek Lisans Programı Öğrencisi, mustafayildiran@yahoo.com. ORC ID: 0000-0002-2356-551X.

Olağanüstü mal rejimine geçiş açısından, TMK birden fazla madde içerisinde bu başlığı düzenlemektedir. En başlıca düzenleme olarak TMK'nın 206. maddesi gösterilebilmektedir. Anılan maddede söz konusu düzenleme, *"Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir"* şeklinde ifade edilmiştir. Bunun yanı sıra TMK'nın 167. maddesi ve 197. maddesi kapsamında boşanma ve ayrılık davası açıldığında eşlerin mallarının korunması gerekiyorsa hakim bu hükme dayanarak mal ayrılığına geçiş kararı verebilir olarak düzenlenmiştir. TMK'nın 210. maddesi uyarınca ise *"Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin uygulanmasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir"* olarak düzenlenmiş ve son olarak TMK'nın 209. maddesi uyarınca *"Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflâsına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür"* olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus eşlerin bu konuda talepte bulunmaları gerekmemektedir, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmektedir.

Bu çalışmada, yasal mal rejimi olan "Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi" incelenmiştir. Bunun yanı sıra "Boşanma Davasında Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Geçici Önlemler" yasal mal rejimi olan katılma rejimi kapsamında değerlendirilmiş ve hâkime tanınan yetkiler incelenmiştir.

Anahtar Kelimeler: Türk Medeni Kanunu, Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması, Olağanüstü Mal Rejimi, Boşanma Davası, Geçici Önlemler.

TEMPORARY MEASURES REGARDING THE MANAGEMENT OF THE SPOUSE'S PROPERTY IN THE DIVORCE CASE

Abstract

The management of the property owned by the partners is expressed as a **"commodity regime"**, in other words, regulating financial relations between the partners. In accordance with the Turkish Civil Code (TMK) the legal regime of goods between the partners was the **"regime for participation in acquired goods"**, but as the current fiscal regime, the regimes of **"goods separation"**, **"shared goods separation"** and **"property partnership"** were adopted.

The measures that the judge may take regarding the management of the spouse's property, 169 of the TMK. under the section "you take temporary measures to manage the assets of the spouse". The important thing to note here is that temporary measures have to be assessed independently in the case, as per the TMK, in the case of the case. The temporary measures for the spouse's property are examined separately under two topics: **"Restriction of Contribution"** and **"Transition to the extraordinary Goods regime"** as part of our study.

In terms of limiting the cost of saving power, the TMK's 199. The first was organized as **'need for the protection of the family's economic presence'** and the second was **'failure to fulfill the financial obligations arising from the marriage union'**. The important thing to note is that if one of the partners is negligent in the financial situation of the family with their extravagant behavior and neglect to fulfill the financial obligations that they must apply to family life, the other wife may appeal to the court and ask for the decision to be made to allow for savings related to certain assets.

As regards the transition to the special goods regime, the TMK regulates this heading in many articles. 206 of the TMK as the main regulation. can be shown. The first was organized as a "need to protect the economic presence of the family" and the second was a "breach of financial obligations under a conjugal relationship". In addition, the TMK's 167. substance and 197. If the spouse's property should be protected when a divorce and divorce trial is filed under the article, the judge may decide on the move to the separation of property based on this provision. 210 of the TMK. Pursuant to the article, "the creditor who pursues enforcement against one of the partners who have accepted the property partnership may ask the judge to decide on the separation of property if the foreclosure is damaged", and finally the TMK's 209. In accordance with the article, the partnership is organized as "If a partner who has accepted the property partnership is decided to bankrupt, the partnership will automatically become a separate property". The important thing to note here is that the partners don't have to apply on this issue, the partnership becomes a distinct asset.

In this study, the competencies granted to the judge were evaluated and discussed under the regime for the participation of the "Rejectionary of participation in acquired goods" and "temporary measures for the Management of the spouse's property in the divorce case".

Keywords: Turkish Civil Code, Restriction of Savings, "Olağanüstü Mal Rejimi", Divorce Case, Temporary Measures.

I. MAL REJİMİ NEDİR?

Mal Rejimi; eşler arasındaki mal varlıklarının nasıl yönetileceğini ve yararlanılacağını bu kapsamda bu mal varlıklarının kullanılma şeklini ve mal varlıkları üzerinde tasarruf yöntemini gösteren bir hukukî rejimdir¹. Eşlerin evlilik öncesinde veyahut evlilik kapsamında edindikleri mallar üzerinde hak ve yükümlülüklerini düzenleyen, evliliğin sona ermesinden sonra bu malların tasfiyesine uygulanacak kurallara mal rejimi denmektedir².

Mal rejimi TMK'nın 202. maddesi uyarınca *“Eşler arasında edinilmiş mallara katılma rejiminin uygulanması asıldır. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kanunda belirlenen diğer rejimlerden birini kabul edebilirler”* olarak düzenlenmiştir.

II. MAL REJİMİ SÖZLEŞMESİ

A. Sözleşme İçeriği

Sözleşmenin içeriği TMK'nın 203. maddesi uyarınca *“Mal rejimi sözleşmesi, evlenmeden önce veya sonra yapılabilir. Taraflar, istedikleri mal rejimini ancak kanunda yazılı sınırlar içinde seçebilir, kaldırabilir veya değiştirebilirler”* olarak düzenlenmiştir.

Mal rejimi sözleşmesi, hukuki ilişki içerisinde uygulanacak mal rejiminin seçilmesi ve değiştirilmesi amacına yönelik olarak yapılan işlemlerdir³.

Mal rejimi sözleşmesinin yapılması *“... evlenmeden önce veya sonra yapılabilir”* olarak düzenlenmiştir. Bu kapsamda evlenmeden önce, nişanlılık durumunda da mal rejimi sözleşmesi yapılabilir⁴.

¹ ÖZDAMAR, Demet, Ferhat KAYIŞ, Burcu YAĞCIOĞLU, Aliye AKGÜN, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 25.

² AYDOS, Oğuz Sadık, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 sayılı Kanun m. 10/III)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, s. 385.

³ ACAR, Faruk, *Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 130; ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 35.

⁴ ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AGÜN, s. 33.; ZEYTİN, s. 47-48.; Nişanlılık hakkında farklı bir görüş için bkz. ACAR, s. 132. *“Buna rağmen mal rejimi sözleşmesinin yapılması için nişanlılık statüsünün bulunması şart değildir. Zira, geçerli bir evlilik ilişkisinin kurulması için tarafların önceden nişanlanmış olmaları gerekmediğinden, mal rejimi sözleşmesi bakımından da böyle bir zorunluluğun aranması isabetli olmayacaktır.”*

B. Sözleşme Yapma Ehliyeti

Sözleşme yapma ehliyeti TMK'nın 204. maddesi uyarınca *“Mal rejimi sözleşmesi, ancak ayırt etme gücüne sahip olanlar tarafından yapılabilir. Küçükler ile kısıtlılar, yasal temsilcilerinin rızasını almak zorundadırlar”* olarak düzenlenmiştir.

Madde hükmüne göre küçük ve kısıtlıların ayırt etme gücüne sahip olmaları yeterli görülmekte ve ergin olmalarının gerektiğine dair bir bilgi verilmediğinden, küçük ve kısıtlıların ergin olması gerekmemektedir⁵. Burada dikkat edilmesi gereken husus ayrıca vesayet altında bulunma durumunda ise yasal temsilci izninin yanı sıra vesayet makamının izninin de alınması gerekmektedir⁶.

C. Sözleşme Şekli

Sözleşmenin şekli, TMK'nın 205. maddesi uyarınca *“Mal rejimi sözleşmesi, noterde düzenleme veya onaylama şeklinde yapılır. Ancak, taraflar evlenme başvurusu sırasında hangi mal rejimini seçtiklerini yazılı olarak da bildirebilirler. Mal rejimi sözleşmesinin taraflarca ve gerektiğinde yasal temsilcilerince imzalanması zorunludur”* olarak düzenlenmiştir.

Mal rejimi sözleşmesi ayırt etme gücünü taşıyan eşler tarafından bizzat noter huzurunda veyahut daha önceden hazırlanmış yazılı belgenin noter tarafından onaylanması ile kurulmaktadır. Ayırt etme gücüne sahip küçük ve kısıtlılar içinse yasal temsilcilerinin “izin” veyahut “onay” vermiş, bu “onay” veyahut “izin”in en geç sözleşmenin “noterde” yapılması anına kadar yazılı olarak diğer ifadesiyle imzasıyla vermiş olmalıdır⁷.

Kanunun öngördüğü şekil şartı “geçerlilik” şartı olarak karşımıza çıkmaktadır bu şarta uyulmaması halinde sözleşmenin “kesin hükümsüz” hale gelmesini sağlamaktadır⁸.

⁵ KIRMIZI, Mustafa, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, Güncellenmiş 6. Baskı, Bilge, Ankara, 2021, s. 13.

⁶ ÖZUĞUR, Ali İhsan, *Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015, s. 24.

⁷ ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/ARGÜN, s. 34-35.

⁸ ACAR, s. 136; KIRMIZI, s. 16.

III. YASAL MAL REJİMİ: EDİNİLMİŞ MALLARA KATILMA REJİMİ

A. Genel Olarak

Yasal mal rejimi edinilmiş mallara katılma rejimidir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik devam ederken bir diğer ifadeyle rejim devam ederken edinilmiş malların değerleri üzerinde belli bir oranda rejimin sona ermesinden sonra karşı tarafa alacak hakkı tanınmasıdır⁹.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, TMK'nın yürürlüğe girdiği (01.01.2002) tarihinden itibaren başlayarak yasal mal rejimi olarak kabul edilmektedir. TMK'nın yürürlüğe girmesinden önce evlenen kişiler 1 yıl içerisinde herhangi bir seçimlik mal rejimi seçmemeleri durumunda yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimini seçtikleri kabul edilecektir¹⁰.

B. Mülkiyet

Edinilmiş mallara katılma rejiminde eşler için “edinilmiş mallar” ve “kişisel mallar” olmak üzere 2 eşya grubu bulunmaktadır. Edinilmiş mallara katılma rejimi, eşlerin mallarının evlilik süresince ayrı olmasını ama evlilik birliğinin bitimiyle birlikte evlendikten sonra edinilmiş malların paylaşılmasına dayanmaktadır¹¹.

1. Edinilmiş Mallar

Edinilmiş mal, TMK'nın 219. maddesi uyarınca, “her eşin bu mal rejiminin devamı süresince karşılığını vererek elde ettiği malvarlığı değerleridir” olarak düzenlenmiştir. Ayrıca maddenin devamında nelerin edinilmiş mal olduğu da gösterilmektedir.

“Bir eşin edinilmiş malları özellikle şunlardır¹²:

1. Çalışmasının karşılığı olan edimimler, 2. Sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurum ve kuruluşlarının veya personele yardım amacı ile kurulan sandık ve benzerlerinin yaptığı ödemeler, 3. Çalışma

⁹ ERDEM, Mehmet, Aslı MAKARACI BAŞAK, *Aile Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022, s. 271.

¹⁰ ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s. 53; ÖZUĞUR, s. 25; KIRMIZI, s. 39.

¹¹ ÖZUĞUR, s. 41.; ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s. 54.

¹² Bkz. “Hükümde yer “özellikle şunlardır” ifadesi, buradaki sayımın örnekseyici olduğunu göstermektedir”. KAYIŞ, Ferhat, “Eşlerden Birinin Ölümünün Boşanma Davasına, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine ve Miras Hakkına Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 67, 2012, s. 21, dp:63.

gücünün kaybı nedeniyle ödenen tazminatlar, 4. Kişisel mallarının gelirleri, 5. Edinilmiş malların yerine geçen değerler.”

Edinilmiş mallara katılma rejiminin en önemli ilkelerinden birisi, eşlerin emeğinin karşılığı olan mallar için hak sahipliği ilkesi olarak gösterilebilmektedir¹³. Yukarıda sayılan edinilmiş mallar haricinde, emek ve çalışma karşılığı olmayan mal değerleri edinilmiş mal olarak kabul edilmemektedir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus “Edinilmiş malların yerine geçen değerler” başlığıdır. Diğer adıyla “ikame ilkesi” kanun gereği, eşlerin bir müdahalesi olmadan malvarlığı değerlerinin değişmesine sebep olan durumlardır¹⁴. Bu mal değerlerinin de edinilmiş mal olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Bunun yanı sıra edinilmiş mal yerine kişisel özelliklere sahip bir mal geçişi olmuşsa bu malları edinilmiş mal olarak saymamak gerekmektedir¹⁵.

Son olarak TMK’nın 222/III. maddesi uyarınca, “Bir eşin bütün malları, aksi ispat edilinceye kadar edinilmiş mal kabul edilir.” düzenlemesi yapılmıştır. Bu hüküm uyarınca kişisel mal olarak ispat edilmeyen tüm mal değerlerinin edinilmiş mal olarak kabul edildiğinin karine olduğu anlaşılmaktadır.

2. Kişisel Mallar

Kişisel Mallar, TMK’nın 220. ve 221. maddeleri uyarınca;

“Kanun gereğince kişisel maldır:

1. Eşlerden birinin yalnız kişisel kullanımına yarayan eşya, 2. Mal rejiminin başlangıcında eşlerden birine ait bulunan veya bir eşin sonradan miras yoluyla ya da herhangi bir şekilde karşılıksız kazanma yoluyla elde ettiği malvarlığı değerleri, 3. Manevî tazminat alacakları, 4. Kişisel mallar yerine geçen değerler”

Sözleşmeye göre kişisel maldır:

Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle, bir mesleğin icrası veya işletmenin faaliyeti sebebiyle doğan edinilmiş mallara dahil olması gereken

¹³ ÖZUĞUR, s. 42.

¹⁴ ZEYTİN, s. 145; Ayrıca bkz. “İsviçre Federal Mahkemesi verdiği bir kararda ikame ilkesini, yeni edinilen bir malvarlığı değerinin, bu malın ediniminde rol oynayan mal gruplarından birine, eşlerin iradesinden bağımsız olarak özgülenmesi olarak tanımlanmıştır.”

¹⁵ KIRMIZI, s. 101, dp. 264.

malvarlığı değerlerinin kişisel mal sayılacağını kabul edebilirler. Eşler, mal rejimi sözleşmesiyle kişisel malların gelirlerinin edinilmiş mallara dahil olmayacağını da kararlaştırabilirler.”

Kanunumuz, genel bir tanım yapmak yerine tek tek sayma yöntemine gitmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, edinilmiş mallar örnekseme olarak sayılmaktayken, kişisel mallar sınırlayıcı olarak sayılmaktadır¹⁶.

C. Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf

Yönetim, Yararlanma ve Tasarruf, TMK'nın 223. maddesi uyarınca *“Her eş, yasal sınırlar içerisinde kişisel malları ile edinilmiş mallarını yönetme, bunlardan yararlanma ve bunlar üzerinde tasarrufta bulunma hakkına sahiptir. Aksine anlaşma olmadıkça, eşlerden biri diğerinin rızası olmadan paylı mülkiyet konusu maldaki payı üzerinde tasarrufta bulunamaz”* olarak düzenlenmiştir.

Kural olarak her eş, edinilmiş ve kişisel malları üzerinde yönetme, yararlanma ve tasarrufta bulunabilmektedir. Burada dikkat edilmesi gereken husus kanun lafzıyla *“yasal sınırlar”¹⁷* olarak bu serbesti sınırlandırılmaktadır.

D. Üçüncü Kişilere Karşı Sorumluluk

Üçüncü kişilere karşı sorumluluk, TMK'nın 224. maddesi uyarınca *“Eşlerden her biri kendi borçlarından bütün malvarlığıyla sorumludur”* olarak düzenlenmiştir.

Buradan anlaşılması gereken husus, eşler için borçlardan sorumluluk hem kişisel mallar hem de edinilmiş mallar kapsamında geçerlidir. Eşler, aile birliğini temsilen yaptığı işlemler ve hukuki sonuç doğuran eylemler sebebiyle ortaya çıkan borçlar sebebiyle müteselsilen sorumlu olmasının yanı sıra bütün malvarlığı ile sorumludur¹⁸.

E. Sona Ermesi ve Tasfiye

1. Mal Rejiminin Sona Ermesi

Mal rejiminin sona ermesi, TMK'nın 225. maddesi uyarınca *“Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle*

¹⁶ KAYIŞ, s. 21.

¹⁷ Detaylı bilgi için bkz. ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/ARKÜN, s. 65 vd.

¹⁸ ZEYİN, s. 109.

sona erer. Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer” olarak düzenlenmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejiminin;

- 1) Eşlerden birinin ölümü halinde ölüm tarihinde,
 - 2) Mahkemece evliliğin iptaline ve boşanmaya karar verilmesi halinde dava tarihinde,
 - 3) Başka bir mal rejimi sözleşmesi yapılması halinde, sözleşme tarihinde
- sona ermektedir.

2. Malların Geri Alınması ve Borçlar

a. Genel Olarak

TMK'nın 226. maddesi uyarınca *“Her eş, diğer eşte bulunan mallarını geri alır. Tasfiye sırasında, paylı mülkiyete konu bir mal varsa, eşlerden biri kanunda öngörülen diğer olanaklardan yararlanabileceği gibi, daha üstün bir yararı olduğunu ispat etmek ve diğerinin payını ödemek suretiyle o malın bölünmeden kendisine verilmesini isteyebilir. Eşler karşılıklı borçları ile ilgili düzenleme yapabilirler”* olarak düzenlenmiştir.

Bu madde kapsamında her eşe, evlilik birliği süresince diğer eşin zilyetliğinde bulunan mallarını geri alma hakkı tanınmaktadır¹⁹. Ayrıca paylı mülkiyete konu olan bir mal varlığı için diğer haklar saklı kalmak üzere, daha üstün bir yararı olduğunu ispat edip, diğer eşin payını ödeyerek ekonomik bütünlüğünü bozmadan alım hakkı tanınmaktadır. Bu hak TMK'nın 732. maddesinde düzenlenen ön alım hakkından farklı olarak bu mal rejimine özgü olarak tasarlanmış bir alım hakkıdır²⁰.

b. Değer Artış Payı

TMK'nın 227. maddesi uyarınca *“Eşlerden biri diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına hiç ya da uygun bir karşılık almaksızın katkıda bulunmuşsa, tasfiye sırasında bu malda*

¹⁹ ÖZUĞUR, s. 53.

²⁰ ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s. 63.

ortaya çıkan değer artışı için katkısı oranında alacak hakkına sahip olur ve bu alacak o malın tasfiye sırasındaki değerine göre hesaplanır; bir değer kaybı söz konusu olduğunda katkının başlangıçtaki değeri esas alınır.

Böyle bir malın daha önce elden çıkarılmış olması hâlinde hâkim, diğer eşe ödenecek alacağı hakkaniyete uygun olarak belirler.

Eşler, yazılı bir anlaşmayla değer artışından pay almaktan vazgeçebilecekleri gibi, pay oranını da değiştirebilirler” olarak düzenlenmiştir.

Değer artış payı kapsamında eşlerin birbirlerini destekledikleri olağan durumlar değil, olağan kısmı aşan maddi ve manevi destekten bahsedilmektedir²¹.

Burada dikkat edilmesi gereken husus eşlerden birinin diğerine ait bir malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına bir karşılık almadan/gereği gibi karşılığını almadan katkıda bulunması ile ortaya çıkmaktadır. Buradaki “mal” teriminden kişisel mal veyahut edinilmiş mal olarak karşımıza çıkabilmektedir²². Bir diğer dikkat edilmesi gereken husus ise katkıda bulunulan malın tasfiye anına kadar değerinin azalması ve artması mümkün olabilmektedir. Bu kapsamda değerinin azalması halinde verilen katkının başlangıçtaki değeri alınmakta ve bu sayede katkıda bulunan eşin ekonomik kayba uğranması engellenmektedir²³. Değerinin artması halinde ise artış payı kadar alacak miktarı artacaktır²⁴.

c. Eşlerin Paylarının Belirlenmesi

(1) Kişisel malların ve edinilmiş malların ayrılması

TMK'nın 238. maddesi uyarınca *“Eşlerin kişisel malları ile edinilmiş malları, mal rejiminin sona ermesi anındaki durumlarına göre ayrılır.*

Eşlerden birine sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumlarınca yapılmış olan toptan ödemeler veya iş gücünün kaybı dolayısıyla

²¹ GÜNARSLAN, Banu Fatma, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017, s. 57; ZEYTİN, s. 184; ÖZUĞUR, s. 61.

²² ÖZUĞUR, s. 54.

²³ GÜNARSLAN, s. 57; ÖZUĞUR, s. 55.

²⁴ GÜNARSLAN, s. 57.

ödenmiş olan tazminat, toptan ödeme veya tazminat yerine ilgili sosyal güvenlik veya sosyal yardım kurumunca uygulanan usule göre ömür boyunca irat bağlanmış olsaydı, mal rejiminin sona erdiği tarihte bundan sonraki döneme ait iradın peşin sermayeye çevrilmiş değeri ne olacak idiyse, tasfiyede o miktarda kişisel mal olarak hesaba katılır” olarak düzenlenmiştir.

(2) Eklenecek değerler

TMK'nın 229. maddesi uyarınca *“Aşağıda sayılanlar, edinilmiş mallara değer olarak eklenir:*

- 1. Eşlerden birinin mal rejiminin sona ermesinden önceki bir yıl içinde diğer eşin rızası olmadan, olağan hediyeler dışında yaptığı karşılıksız kazandırmalar,*
- 2. Bir eşin mal rejiminin devamı süresince diğer eşin katılma alacağını azaltmak kastıyla yaptığı devirler.*

Bu tür kazandırma veya devirlere ilişkin uyuşmazlıklarda mahkeme kararı, davanın kendisine ihbar edilmiş olması koşuluyla, kazandırma veya devirden yararlanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir” olarak düzenlenmiştir.

(3) Kişisel mallar ile edinilmiş mallar arasında denkleştirme

TMK'nın 230. maddesi uyarınca *“Bir eşin kişisel mallara ilişkin borçları edinilmiş mallardan veya edinilmiş mallara ilişkin borçları kişisel mallarından ödenmiş ise, tasfiye sırasında denkleştirme istenebilir.*

Her borç, ilişkin bulunduğu mal kesimini yükümlülük altına sokar. Hangi kesime ait olduğu anlaşılamayan borç, edinilmiş mallara ilişkin sayılır.

Bir mal kesiminden diğer kesimdeki malın edinilmesine, iyileştirilmesine veya korunmasına katkıda bulunulmuşsa, değer artması veya azalması durumunda denkleştirme, katkı oranına ve malın tasfiye zamanındaki değerine veya mal daha önce elden çıkarılmışsa hakkaniyete göre yapılır” olarak düzenlenmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus denkleştirme hususunun kişisel ve edinilmiş malların korunması için konulmuş bir kural

olduğudur²⁵. Bu korunma sayesinde edinilmiş mallar eksiksiz bir şekilde tespit edilecek ve kişisel mallar ile karışmayacaktır. Edinilmiş malların eksiksiz bir şekilde tespit edilmesi sayesinde de haklar hakkaniyete uygun bir şekilde dağıtılabilecektir²⁶.

(4) Artık Değer

TMK'nın 231. maddesi uyarınca “Artık değer, eklenmeden ve denkleştirmeden elde edilen miktarlar da dahil olmak üzere her eşin edinilmiş mallarının toplam değerinden bu mallara ilişkin borçlar çıkarıldıktan sonra kalan miktardır. Değer eksilmesi göz önüne alınmaz” olarak düzenlenmiştir.

Artık değer konusunda, mal varlığına pozitif tüm değerler eklenip ortaya çıkan pozitif değerden edinilmiş malların pasifleri bir diğer ifadeyle borçlar çıkarılarak her bir eş için ayrı ayrı artık değer hesaplaması yapılmaktadır²⁷. Kalan miktar bulunmuyorsa “artık değer” söz konusu olmayacak yani azalmaya eşin kendisi katlanacaktır²⁸.

Hesaplama sonrasında ortaya çıkan aktif değerler toplamından, edinilmiş malların borçları diğer anlatımıyla pasif değerler çıkarılır²⁹. Hesaplamalar sonrasında ortaya çıkan artık değer, aralarında bir sözleşme varsa sözleşmeye göre, sözleşme yoksa yasal orana göre eşler arasında paylaşılacaktır³⁰.

3. Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Tasfiye

Edinilmiş mallara katılma rejiminde tasfiye anını tek bir tanımla belirlemek mümkün değildir. İlke olarak tasfiye anı mal rejiminin sona ermesiyle aktif olmaktadır³¹. Edinilmiş mallara katılma rejiminde ana kuralın edinilmiş malların direkt olarak

²⁵ ZEYTİN, s. 259.

²⁶ ÖZUĞUR, s. 71.

²⁷ ŞENGÜL, Tolga, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Üçüncü Kişilere Yapılan Devirler ve Sonuçları*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 36.

²⁸ ÖZUĞUR, 75; DEMİR, Şamil, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaşılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 72, Cilt 0, Sayı 1, 2014, s. 248.

²⁹ ÖZUĞUR, s. 75.

³⁰ DEMİR, s. 249.

³¹ KÖSEOĞLU, Bilal, Köksal KOCAĞA, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği, Ankara, 2009, s. 709.

paylaşılması, hak sahibi bulunan eş için bir *şahsi* alacak hakkı tanınması olarak söylenebilmektedir³².

TMK'nın 235. maddesi uyarınca "*Mal rejimi, eşlerden birinin ölümü veya başka bir mal rejiminin kabulüyle sona erer. Mahkemece evliliğin iptal veya boşanma sebebiyle sona erdirilmesine veya mal ayrılığının geçilmesine karar verilmesi hâllerinde, mal rejimi dava tarihinden geçerli olmak üzere sona erer*" olarak düzenlenmiştir.

Her eşin kişisel malları, edinilen mallardan ayrıldıktan sonra, edinilen mallara ait olan borçlar düşürülür. Geriye kalan miktar, "*Artık Değer*"i oluşturur ve bu *artık değer* kural olarak eşler arasında yarı yarıya paylaşılır. Eşler mal rejimi sözleşmesiyle "yarı yarıya"dan başka oranını da kabul edebilmektedirler³³.

IV. EŞLERİN MALLARININ YÖNETİMİNE DAİR ALINABİLECEK GEÇİCİ ÖNLEMLER

TMK'nın 169. maddesi uyarınca boşanma davası devam ederken hâkimin, eşlerin mallarıyla ilgili olan önlemleri kendiliğinden alabileceğini düzenlemektedir³⁴. Malların yönetimi istemi, evlilik birliğinin korunmasına yönelik alınabilecek geçici önlemler arasında sayılmaktadır³⁵. Hâkim eşlerin mallarının yönetimi ile ilgili önlemleri almakla yükümlü olması 4721 sayılı TMK'nın kabulüyle anlam kazanmıştır³⁶.

Burada dikkat edilmesi gereken husus önceki Medenî Kanun döneminde hukukumuzda yasal mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi kabul edilmiştir. Bu nedenle, hâkimin ayrıca bir önlem almasına gerek kalmamaktadır. Eşler aralarında anlaşarak seçimlik mal rejimi olarak mal ayrılığı rejimi seçme durumlarında hâkimin müdahalesine gerek yoktur³⁷.

³² ÖZUĞUR, s. 76.

³³ ÖZDAMAR/KAYIŞ/YAĞCIOĞLU/AKGÜN, s. 87; ÖZUĞUR, s. 76-77.

³⁴ ORHAN, Şafak, *Boşanma Davasında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri* (Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016), s. 117.

³⁵ İNAN, Esra Güney, *Aile Hukukunda Geçici Hukuki Himaye Tedbirler*, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2018, s. 89

³⁶ ORHAN, s. 118.

³⁷ ORHAN, s. 118.

Eşlerin mallarının yönetimi için alınabilecek önlemler için, hâkimin müdahalesi olarak *Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması*³⁸ ve *olağanüstü mal rejimine*³⁹ geçiş olarak değerlendirilebiliriz.

A. Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması: Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması veya Evlilik Birliğinin Doğurduğu Mali Yükümlülüklerin Yerine Getirilmesinin Güvence Altına Alınması Amacıyla Sınırlanması

TMK'nın 199. maddesi uyarınca *“Ailenin ekonomik varlığının korunması veya evlilik birliğinden doğan malî bir yükümlülüğün yerine getirilmesi gerektirdiği ölçüde, eşlerden birinin istemi üzerine hâkim, belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili tasarrufların ancak onun rızasıyla yapılabileceğine karar verebilir.*

Hâkim bu durumda gerekli önlemleri alır.

Hâkim, eşlerden birinin taşınmaz üzerinde tasarruf yetkisini kaldırır, re'sen durumun tapu kütüğüne şerhedilmesine karar verir” olarak düzenlenmiştir.

TMK uyarınca, eşlerin her biri, kendi malvarlığı değerleri üzerinde serbestçe tasarruf edebilir, her türlü hukuki işlemi kendi iradesiyle gerçekleştirebilmektedir⁴⁰. Burada dikkat edilmesi gereken husus kanun lafzında *“aksine hüküm bulunmadıkça”* ifadesi yer almaktadır dolayısıyla bu ifade eşlerin özgürlüklerinin yasal yollarla sınırlanabileceğini göstermektedir⁴¹.

1. Genel Olarak

TMK'nın 197. maddesi uyarınca *“Evlilik birliğinden doğan yükümlülüklerin yerine getirilmemesi veya evlilik birliğine ilişkin*

³⁸ ÖKTEM, Seda, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67, 2006, s. 318; ŞAHİNCİ, Ayşen, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 59/2, 2010, s. 309; ÜREM, Merve, *Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Hâkim Kararı ile Sınırlanması Tedbirleri* (İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011), s. 2.

³⁹ ORHAN, s. 118.

⁴⁰ ÖKTEM, s. 318; ŞAHİNCİ, s. 311; ÜREM, s. 7; *“Bu nedenle TMK'nun 193. maddesi gereği, evli kişilerin irade serbestilerinin kural (asıl); eşin rızasının aranmasının istisna olduğu söylenebilir. Kural (yani irade serbestisi) yasayla düzenlendiğine göre, eşin rızasının arandığı tüm haller de yasal istisna olmak zorundadır”* bkz: BADUR, Emel, *“Eşin Rızası”*, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 109, 2013, s. 255.

⁴¹ ÖKTEM, s. 319.

önemli bir konuda uyuşmazlığa düşülmesi hâlinde, eşler ayrı ayrı veya birlikte hâkimin müdahalesini isteyebilirler.

Hâkim, eşleri yükümlülükleri konusunda uyarır; onları uzlaştırmaya çalışır ve eşlerin ortak rızası ile uzman kişilerin yardımını isteyebilir.

Hâkim, gerektiği takdirde eşlerden birinin istemi üzerine kanunda öngörülen önlemleri alır” olarak düzenlenmiştir.

Çok önemli konular kapsamında eşlerden birinin bazı aile faaliyetleri sınırlandırabilmektedir⁴².

Burada dikkat edilmesi gereken husus, eşlerden biri savurgan davranışlarıyla ailenin ekonomik durumunu tehlikeye sokuyor, aile yaşamına uygulaması gereken mali yükümlülüklerini yerine getirmekte ihmalde bulunuyorsa, diğer eş, mahkemeye başvurarak belirli malvarlığı değerleri ile ilgili tasarrufların iznine bağlanmasına karar verilmesini isteyebilmektedir⁴³.

2. Koşulları

TMK'nın 199. maddesi uyarınca iki tane seçimlik şart belirtilmiştir. Birincisi, *'ailenin ekonomik varlığının korunması gereği'*, diğeri ise *'evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi'*dir. Burada dikkat edilmesi gereken husus bu şartlar mevcut olsa dahi eşlerden birinin hakimden müdahale isteminde bulunması gerekmektedir. Hakimin re'sen müdahale etme yetkisi bulunmamaktadır.

a. Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması Gereği

Eşlerden birinin gerçekleştirdiği hukuki işlemler sonrasında, ailenin ekonomik geleceği sıkıntıya girebileceğini ön gören kanun koyucu, bu durumu tasarruf yetkisinin sınırlandırılması için bir sebep olarak sayılmaktadır⁴⁴.

⁴² KÖSEOĞLU/KOCAĞA, s. 640; ÖZDEMİR, Gençer, "Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması Amacıyla Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 16(181), 2021, s. 1709.

⁴³ ÜREM, s. 19; ŞAHİNCİ s. 316; ÖKTEM, s. 321.

⁴⁴ ÖKTEM, s. 322; ÖZDEMİR, s. 1713; TMK'nın 199. maddesinin gerekçesi "... Çoğu olaylarda ayrılık veya boşanmaya kararlı olan koca, sırf kadına nafaka ya da tazminat ödememek için mevcut mallarını başkalarına devretme yoluna gitmekte, nafaka ya da tazminat hükmü alan kadın, kocadan icra yoluyla herhangi bir tahsilat yapamamaktadır. Bu hüküm sayesinde hâkim eşlerin tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasına yönelik önlem niteliğinde olmak üzere, bu tür

Burada dikkat edilmesi gereken husus ekonomik geleceğin sıkıntıya girme tehlikesinin, eşlerin bilinçli davranışları sonucu ortaya çıkması gerekmektedir⁴⁵.

Eşlerin evin yönetilmesinde beraber hareket etmeleri gerektiğinden diğer eşin rızası olmayacağı işlemi her ne olursa olsun yapmamaları gerekmektedir⁴⁶.

Örnek olarak; eşlerden birinin başkaca bir gelir kaynağı olmamasına rağmen sorumsuzca işyerini kapatması, ev giderleri için ayrılan miktarın keyfi olarak harcanması, faturaları son ödeme tarihine kadar bekletip ödenmemesi dolayısıyla evin ihtiyacı olan su, elektrik, doğalgaz, internet gibi hizmetlerin kesilmesine sebep olmak, vd. olarak sayılabilmektedir.

b. Evlilik Birliğinden Doğan Mali Bir Yükümlülüğün Yerine Getirilmemesi

Evlilik birliği içerisinde eşlerden biri, birliğin kendisine yüklediği mali sorumlulukları yerine getirmiyor, getirmeyeceği hal ve hareketlerinden anlaşılıyorsa, diğer eş hakimden malvarlığı değerleri hakkında tasarrufların kendi rızasına bağlanmasını talep edebilmektedir⁴⁷.

TMK'nın 199. maddesinin uygulama alanı uyarınca evlilik birliğinden doğan mali yükümlülükler anlamında, eşler arasındaki mal rejiminden doğan mali yükümlülükler anlaşılmaktadır. Yasal mal rejimi olan edinilmiş mallara katılma rejimi uyarınca, TMK'nın 236. maddesi kapsamında yer alan eşlerin katılma alacağı bakımından söz konusu talebin tasfiye sonucuna yönelik önlemler anlaşılabilir⁴⁸. Ailenin ekonomik varlığını tehlikeye sokan durumlar aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmesini de tehlikeye sokar. Bu kapsamda ailenin ekonomik varlığının tehlikeye sokulması aynı zamanda eşin mali yükümlülüğünü yerine getirmemesi tehlikesini de içermektedir⁴⁹.

tasarrufların diğer eşin rızasına bağlı olduğuna karar verebilecektir". Prof. Dr. İlhan Helvacı Dersleri, "Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması" (11.04.2022).

⁴⁵ ÖKTEM, s. 322; ŞAHİNCİ, s. 316.

⁴⁶ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 640.

⁴⁷ ŞAHİNCİ, s. 317.

⁴⁸ ÜREM, s. 24.

⁴⁹ ŞAHİNCİ, s. 317.

Yukarıda verdiğimiz örnekler burada da aynen geçerli olarak söylenebilmektedir.

c. Eşlerden Birisinin Hakimden Önlem Alınmasını İstemiş Olması Gerekmemektedir

TMK'nın 199. maddesi uyarınca hakimin önlemler alabilmesi ve tasarruf yetkisini sınırlandırabilmesi için eşlerden birisinin bu yönde hakime başvurması⁵⁰ gerekmektedir çünkü hâkimin re'sen müdahale⁵¹ yetkisi bulunmamaktadır.

3. Sınırlamanın Konusu

Hakim, eşin tasarruf yetkisini sınırlamayı eşya ile dar yorumlamamış, malvarlığı değeri denilerek geniş yorumlamayı tercih etmiştir⁵². Hakimin vereceği sınırlama kararında, 199.maddenin 1. fıkrası uyarınca *"belirleyeceği malvarlığı değerleriyle ilgili"* sınırlamanın hangi mal varlıklarını kapsadığını hâkimin açıkça belirtmesi gerekmektedir⁵³.

4. Tasarruf Yetkisi Sınırlamasının Sonuçları

TMK'nın 199. maddesi uyarınca tasarruf yetkisinin sınırlandırılmasını talep eden eşin talebi üzerine hakim diğer eşin belirli malvarlığı değerleri üzerinde tasarruf yetkisini sınırlandırabilir. Burada dikkat edilmesi gereken husus, işlem yapması sınırlandırılan eşin tam anlamıyla bir sınırlanması mümkün olmayıp sadece *sınırlandırılan malvarlığı* üzerinde diğer eşin rızasını alması gerekmektedir. *"Sınırlama üzerine, işleme rıza verecek eşin rızası herhangi bir şekilde tabi değildir. Keza, MK m. 194'de aile konutu ile ilgili olarak yapılan işlemler açısından diğer eşin rızasının 'açık' olması aranmasına rağmen, MK m. 199'da bu şart*

⁵⁰ 4787 Sayılı Aile Mahkemeleri'nin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanunu'nun 4. maddesi uyarınca aile mahkemeleri görevlidir. Yetkili mahkeme ise, TMK'nın 201. maddesi uyarınca düzenlenmektedir. *'Evlilik birliğinin korunmasına yönelik önlemler konusunda yetkili mahkeme, eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir. Eşlerin yerleşim yeri farklı ve her ikisi de önlem alınması isteminde bulunmuş ise, yetkili mahkeme ilk istemde bulunan eşin yerleşim yeri mahkemesidir.'* Ayrıntılı bilgi için bkz: AYDEMİR, Dilek KARADEMİR, Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2019, s. 37-69-95; KABOĞLU, İbrahim Özden, vd., *Avukatın Öz-El Kitabı (Avukatlık Rehberi)*, 1. Baskı, Platon, İstanbul, 2021, s. 109

⁵¹ ÖZDEMİR, s. 1714.

⁵² ŞİPKA, Şükran, "Limitations On Legal Act Liberty Of Couples", *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 35/1, 2015, s. 53; BADUR, s. 266; ÖZDEMİR, s. 1711.

⁵³ BADUR, s. 265; ÖKTEM, s. 325; ŞİPKA s. 53.

*koşulmamıştır*⁵⁴. Buradan çıkartılacak sonuç iznin örtülü veyahut açık olmasının herhangi bir öneminin bulunmadığıdır. Rıza olmadan yapılan işlemler, diğer eşin rıza vermesi anına kadar askıda hükümsüz olarak kalmaktadır. Bu işlemlerin geçerlilik kazanması için diğer eşin rızasını göstermesi diğer adıyla *icazet vermesi*⁵⁵ gerekmektedir.

B. Olağanüstü Mal Rejimi

1. Genel Olarak

TMK'nın 206. maddesi uyarınca *"Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.*

Özellikle aşağıdaki hâllerde haklı bir sebebin varlığı kabul edilir:

1. *Diğer eşe ait malvarlığının borca batık veya ortaklıktaki payının haczedilmiş olması,*

2. *Diğer eşin, istemde bulunanın veya ortaklığın menfaatlerini tehlikeye düşürmüş olması,*

3. *Diğer eşin, ortaklığın malları üzerinde bir tasarruf işleminin yapılması için gereken rızasını haklı bir sebep olmadan esirgemesi,*

4. *Diğer eşin, istemde bulunan eşe malvarlığı, geliri, borçları veya ortaklık malları hakkında bilgi vermekten kaçınması,*

5. *Diğer eşin sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olması. Eşlerden biri ayırt etme gücünden sürekli olarak yoksun ise, onun yasal temsilcisi de bu sebebe dayanarak mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir"* olarak düzenlenmiştir.

Kanun tarafından yukarıda sayılan belli hallerde eşlerin veya eşlerin alacaklılarının korunması amacıyla mahkeme kararıyla veyahut kendiliğinden edinilmiş mal rejimi, mal ayrılığına dönüşmektedir⁵⁶.

⁵⁴ ÖKTEM, s. 328.

⁵⁵ YILMAZ, Süleyman, Abdulkerim YILDIRIM, *Medeni Hukuk - I*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 124; ANTALYA, Osman Gökhan, Murat Topuz, *Medeni Hukuk (Giriş - Temel Kavramlar - Başlangıç Hükümleri)*, Cilt 1, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 217.

⁵⁶ KOCAR, Serra, "Olağanüstü Mal Rejimi", *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2019, s. 159; YENER, Sema GÜNERİ, *Olağanüstü Mal Rejimi* (Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021), s. 22; ACAR, s. 63.

2. Mahkeme Kararıyla Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

a. Eşlerden Birinin Talebi ile Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

(1) Haklı Sebebe Bağlı Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK'nın 206. maddesi uyarınca eşler arasındaki mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesi haklı sebeple⁵⁷ mümkündür. "... kanun koyucu, TMK m.206/2'de sayılan haklı sebepleri örnek niteliğinde ifade edilmiştir. Dolayısıyla bu haller dışında eşler arasında mal ayrılığını gerektiren başka bir haklı sebebin olması durumunda da geçiş sağlanabilecektir"⁵⁸. Burada dikkat edilmesi gereken husus hâkimin re 'sen bu kararı alamayacak olmasıdır⁵⁹.

(2) Birlikte Yaşamaya Ara verilmesi Halinde TMK m.197 Kapsamında Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK'nın 197. maddesi uyarınca; "Eşlerden biri, ortak hayat sebebiyle kişiliği, ekonomik güvenliği veya ailenin huzuru ciddi biçimde tehlikeye düştüğü sürece ayrı yaşama hakkına sahiptir" olarak düzenlenmiştir.

Ayrı yaşamakta haklılık sebeplerinin varlığı halinde, hâkim eşlerden istemi üzerine eşlerin mallarının yönetimine ilişkin önlemler yanında "Olağanüstü Mal Rejimi"ne geçiş kararı da verebilmektedir⁶⁰.

(3) Boşanma ve Ayrılık Davasının Açılmasında TMK m.169 Kapsamında Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK'nın 169. maddesi uyarınca "Boşanma veya ayrılık davası açılınca hâkim, davanın devamı süresince gerekli olan, özellikle eşlerin barınmasına, geçimine, eşlerin mallarının yönetimine ve çocukların bakım ve korunmasına ilişkin geçici önlemleri re 'sen alırsın" olarak düzenlenmiştir.

Boşanma ve ayrılık davası açıldığında eşlerin mallarının korunması gerekiyorsa hakim bu hükme dayanarak mal ayrılığına geçişe karar

⁵⁷ ZEYTİN, 66; AKKURT, Sinan Sami, Kemal ERDOĞAN, Hüseyin TOKAT, *Medenî Hukuk*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 355.

⁵⁸ KOCAR, s. 160.

⁵⁹ ÖZUĞUR, s. 31.

⁶⁰ YENER, s. 37.; ZEYTİN, s. 71; ÖZUĞUR, s. 33.

verebilmektedir⁶¹. Bir diğer görüşe göre hâkimin Türk Medeni Kanunu’nu 169. maddesi uyarınca eşlerin malları hususunda önlem alma yetkisinin içerisinde mal ayrılığına geçişin son çare tedbir olarak değerlendirilmesi gerekmektedir⁶². Boşanma davası sonucunda davanın reddine kararı verilirse, mal ayrılığına geçiş *geçici tedbir niteliğinde* olduğu için eşlerden birinin talebiyle Türk Medeni Kanunu’nu 208. maddesi uyarınca hâkim tarafından bu tedbir kaldırılmaktadır.

(4) Mahkemenin Ayrılık Kararı Vermesi Üzerine TMK m.180 Kapsamında Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK’nın 180. maddesi uyarınca *“Ayrılığa karar verilirse mahkeme, ayrılığın süresine ve eşlerin durumlarına göre aralarında sözleşmeyle kabul edilmiş olan mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilir”* olarak düzenlenmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus ayrılık kararı verildiğinde taraflar arasında sözleşme ile belirlenmiş bir mal rejimi varsa mahkeme sözü geçen mal rejiminin kaldırılmasına karar verebilmektedir⁶³.

Yargıtay’ın yerleşik içtihatlarına⁶⁴ göre *“ayrılık kararının verilmiş olması tek başına olağanüstü mal rejimi kararının verilmesi için haklı sebep sayılmamaktadır”*⁶⁵. Ayrılık kararının verilmesini gerektirecek sebeplerin haklı sebep taşımasıyla birlikte olağanüstü mal rejimine geçiş gerçekleştirilebilmektedir⁶⁶.

b. Alacaklıların Talebine Bağlı Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK’nın 210. maddesi uyarınca *“Mal ortaklığını kabul etmiş eşlerden birine karşı icra takibinde bulunan alacaklı, haczin*

⁶¹ ZEYTİN, s. 71.

⁶² ACAR, s. 179.

⁶³ KOCAR, s. 168.

⁶⁴ Yargıtay 8. HD, T. 11.10.2010, E. 2010/1733, K. 2010/4713 sayılı kararı *“... mal rejiminin mal ayrılığına dönüştürülmesini haklı kılacak bir sebep de ortaya konulamamıştır. Eşlerin fiilen ayrı yaşıyor olmaları da tek başına mal ayrılığına geçilmesine karar verilmesi için yeterli değildir”*. (www.lexpera.com.tr, E.T: 08.01.2022); 8HD., 09.03.2021, 1407/2097.”. (www.lexpera.com.tr, E.T: 02.06.2022)

⁶⁵ KOCAR, s. 169

⁶⁶ KÖSEOĞLU/KOCAAĞA, s. 137-138-139.

uygulanmasında zarara uğrarsa, hâkimden mal ayrılığına karar verilmesini isteyebilir.

Alacaklının istemi her iki eşe yöneltilir. Yetkili mahkeme, borçlunun yerleşim yeri mahkemesidir” olarak düzenlenmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus, alacaklıların talebine bağlı olarak mal ayrılığına geçiş yapmak için öncelikle eşler arasında mal ortaklığının kabul edilmiş olması gerekmektedir. Diğer bir hususta alacaklının mal ayrılığına dönüşme talebi her iki eşin de davalı olduğu bir davada gerçekleştirilebilecektir⁶⁷. Bunun haricinde ise mal ortaklığının, mal ayrılığına dönüşmesi için hâkim takdirine bırakılmıştır.

3. Kanun Gereği Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş

TMK'nın 209. maddesi uyarınca *“Mal ortaklığını kabul etmiş olan eşlerden birinin iflâsına karar verildiği takdirde, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşür”* olarak düzenlenmiştir.

Burada dikkat edilmesi gereken husus bir önceki başlıkta da değinildiği üzere bu maddenin de uygulama alanı bulabilmesi için taraflar arasındaki mal rejiminin mal ortaklığı olması gerekmektedir. Bir önceki başlığımızdan farklı durumsa eşlerin bu hususta talepte bulunmaları gerekmemektedir, ortaklık kendiliğinden mal ayrılığına dönüşmektedir⁶⁸. Bu düzenleme sayesinde alacaklıların zarar görmesi engellenmeye çalışılmaktadır⁶⁹.

4. Olağanüstü Mal Rejiminin Hükümleri ve Sona Ermesi

a. Olağanüstü Mal Rejiminin Hükümleri

Mahkeme, eşlerden birinin veyahut yasal temsilcisinin talebiyle haklı sebebin dava üstünde kanıtlanması üzerine olağanüstü mal rejimi olarak mal ayrılığına geçiş kararı verecektir. Hâkim kararıyla mal ayrılığına geçiş açısından bakmamız gerekirse, davanın kabulüyle edinilmiş mallara katılma rejimi, dava tarihinde sona

⁶⁷ AYDOĞDU, Emre, *Türk Aile Hukukunda Mal Ayrılığı Rejimi* (Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016), s. 23; YERAL, Vuslat Çakır, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi* (Ankara: Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014), s. 25.

⁶⁸ ZEYTİN s. 75.

⁶⁹ ÖZUĞUR, s. 34.

erecektir. “İflâsta ise iflâs kararı verilmesi halinde rejim iflâsla ilgili dava tarihinde sona erecektir”⁷⁰. TMK’nın 207. maddesi uyarınca olağanüstü mal rejimine geçiş için yetkili mahkeme eşlerden herhangi birinin yerleşim yeri mahkemesidir.

b. Olağanüstü Mal Rejiminin Sona Ermesi

(1) Anlaşmaya Dayalı Sona Erme

Olağanüstü mal rejimi her ne sebeple biterse bitsin, kendiliğinden sona ermemektedir⁷¹. Mal ayrılığına geçişten dönme başlıklı TMK’nın 208. maddesi uyarınca eşlerin her zaman yeni bir mal rejimi sözleşmesiyle önceki veya başka bir mal rejimini kabul edebilecekleri düzenlenmiştir. Mal ayrılığı rejiminin kendiliğinden veya alacaklının talebi üzerine geçerli olması halinde TMK’nın 211. maddesi uyarınca mal rejimi sözleşmesiyle edinilmiş mallara katılma rejiminin kabul edilebilmektedir. Bu şekilde olağanüstü mal rejimi sona erecektir.

(2) Eşlerden Birinin Talebi ile Sona Erme

Türk Medeni Kanunu uyarınca bazı hallerde mevcut mal rejiminden mal ayrılığına geçiş imkanı bulunurken geçiş sebebinin ortadan kalkması halinde eski mal rejimine dönülmesi mümkündür⁷². Burada dikkat edilmesi gereken husus, bazı durumlarda re ‘sen rejimin değişmesi mümkün olmayıp hâkimin kararı gerekmektedir⁷³.

Olağanüstü mal ayrılığına karar verilmesini gerektirecek haklı sebebin sonradan ortadan kalkması durumunda TMK’nın 208. maddesi uyarınca eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönülmesine mahkeme tarafından karar verilebilmektedir.

SONUÇ

Bu çalışmada, mal rejimleri ve rejim sözleşmesi hakkında genel bilgilendirme, bunun yanı sıra 01.01.2002 tarihiyle, eşler arasında

⁷⁰ ÖZUĞUR, s. 31.

⁷¹ ZEYTİN, s. 76; Ayrıca bkz: TMK’nın 208. maddesi uyarınca “Mal ayrılığına geçişi gerektiren sebebin ortadan kalkması hâlinde hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine eski mal rejimine dönülmesine karar verebilir” olarak düzenlenmiştir.

⁷² KOCAR, s. 173.

⁷³ KÖROĞLU, Emre, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK M. 225)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2016, s. 246.

yasal mal rejimi olarak yürürlüğe giren, edinilmiş mallara katılma rejimi ve bu mal rejimi kapsamında “Boşanma Davasında Eşlerin Mallarının Yönetimine İlişkin Geçici Önlemler” konularına değinilmiştir.

Edinilmiş mallara katılma rejimi, evlilik süresi boyunca her eşin kendi malvarlıkları üzerinde serbestçe tasarruf edebildiği, mal rejiminin herhangi bir sebeple sona ermesi ile diğer eşin artık değerinde söz hakkına sahip olduğu bir rejimdir.

Hakimin alabileceği önlemler, TMK'nın 169. maddesi uyarınca “... **eşlerin mallarının yönetimine** ... ilişkin geçici önlemleri re'sen alır” olarak düzenlenmiştir. Burada dikkat edilmesi gereken husus geçici önlemler, TMK uyarınca davanın durumuna göre bağımsız olaylarda bağımsız bir şekilde ayrı ayrı değerlendirilmesi gerekmektedir.

Çalışma kapsamında önlemler; “**A. Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması**” ve “**B. Olağanüstü Mal Rejimine Geçiş**” olmak üzere 2 başlık altında ayrı ayrı incelenmiş bulunmaktadır.

Tasarruf yetkisinin kısıtlanması açısından, TMK'nın 199. maddesi uyarınca iki tane seçimlik şart belirtilmiştir. Birincisi, ‘*ailenin ekonomik varlığının korunması gereği*’, diğeryse ‘*evlilik birliğinden doğan mali yükümlülüklerin yerine getirilmemesi*’ olarak düzenlenmiştir.

Olağanüstü mal rejimine geçiş açınsındansa, TMK'nın 206. maddesi uyarınca “*Haklı bir sebep varsa hâkim, eşlerden birinin istemi üzerine, mevcut mal rejiminin mal ayrılığına dönüşmesine karar verebilir.*” olarak düzenlenmiştir.

İncelenen geçici önlemler kapsamında dikkat edilmesi gereken husus her iki önlem kapsamında şartları mevcut olsa dahi eşlerden birinin hâkimden müdahale isteminde bulunması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- ACAR, Faruk, *Aile Konutu – Mal Rejimleri ve Eşin Yasal Miras Payı*, Genişletilmiş 6. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- AKKURT, Sinan Sami, Kemal ERDOĞAN, Hüseyin TOKAT, *Medenî Hukuk*, Güncellenmiş 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ANTALYA, Osman Gökhan, Murat Topuz, *Medeni Hukuk (Giriş – Temel Kavramlar – Başlangıç Hükümleri)*, Cilt 1, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021

- AYDEMİR, Dilek KARADEMİR, *Medeni Usul Hukukunda Mahkemelerin Yetkisi*, 2. Baskı, Adalet, Ankara, 2019.
- AYDOĞDU, Emre, *Türk Aile Hukukunda Mal Ayrılığı Rejimi*, Erzurum: Atatürk Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- AYDOS, Oğuz Sadık, “Eşlerin Geçmişe Etkili Mal Rejimi Sözleşmesi Yapabilmesi (4722 SAYILI KANUN M. 10/III)”, *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, Cilt 22, Sayı 3, 2016, 383-393.
- BADUR, Emel, “Eşin Rızası”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 109, 2013, 251-302.
- DEMİR, Şamil, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Artık Değerin Hesaplanması ve Paylaştırılması”, *Ankara Barosu Dergisi*, Yıl 72, Cilt 0, Sayı 1, 2014, 246-269.
- ERDEM, Mehmet, Aslı MAKARACI BAŞAK, *Aile Hukuku*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- GÜNARSLAN, Banu Fatma, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Değer Artış Payı Alacağı*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2017.
- İNAN, Esra GÜNEY, *Aile Hukukunda Geçicî Hukuki Himaye Tedbirler*, 1. Baskı, Adalet, Ankara, 2018.
- KABOĞLU, İbrahim Özden ve diğerleri, *Avukatın Öz-El Kitabı (Avukatlık Rehberi)*, 1. Baskı, Platon, İstanbul, 2021.
- KAYIŞ, Ferhat, “Eşlerden Birinin Ölümünün Boşanma Davasına, Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminin Tasfiyesine ve Miras Hakkına Etkisi”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Cilt 7, Sayı 67, 2012, 14-28.
- KIRMIZI, Mustafa, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Aile Konutu*, Güncellenmiş 6. Baskı, Bilge, Ankara, 2021.
- KOCAR, Serra, “Olağanüstü Mal Rejimi”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 5, Sayı 1, 2019, 157-177.
- KÖROĞLU, Emre, “Edinilmiş Mallara Katılma Rejimini Sona Erdiren Sebepler ve Bu Mal Rejiminin Sona Erme Anı (TMK M. 225)”, *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Cilt 11, Sayı 1, 2016, 229-251.
- KÖSEOĞLU, Bilal, Köksal KOCAAĞA, *Aile Hukuku ve Uygulaması*, 1. Baskı, Türkiye Barolar Birliği Yayınları, Ankara, 2009.
- ORHAN, Şafak, *Boşanma Davasında Geçici Hukuki Koruma Tedbirleri*, Ankara: Ankara Yıldırım Beyazıt Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2016.
- ÖKTEM, Seda, “Aile Birliğinde Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması” *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı 67, 2006, 317-338.

- ÖZDAMAR, Demet, Ferhat KAYIŞ, Burcu YAĞCIOĞLU, Aliye AKGÜN, *Yasal Mal Rejimi (Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi) ve Tasfiyesi*, Güncellenmiş 7. Baskı, Seçkin, Ankara, 2022.
- ÖZDEMİR, Gençler, “Ailenin Ekonomik Varlığının Korunması Amacıyla Eşin Tasarruf Yetkisinin Kısıtlanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı 16(181), 2021, 1708-1720.
- ÖZUĞUR, Ali İhsan, *Mal Rejimleri*, Genişletilmiş 8. Baskı, Seçkin, Ankara, 2015.
- ŞAHİNCİ, Ayşen, “Eşlerin Tasarruf Yetkisinin Sınırlandırılması (TMK.md.199)”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı 59/2, 2010, 309-336.
- ŞENGÜL, Tolga, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejiminde Üçüncü Kişilere Yapılan Devirler ve Sonuçları*, 1. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ŞIPKA, Şükran, “Limitations On Legal Act Liberty Of Couples”, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Özel Hukuk Bülteni*, Sayı 35/1, 2015, 47-58.
- ÜREM, Merve, *Eşin Belirli Bir Malvarlığı Değeri Üzerindeki Tasarruf Yetkisinin Hâkim Kararı ile Sınırlanması Tedbirleri*, İstanbul: İstanbul Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2011.
- ZEYTİN, Zafer, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi ve Tasfiyesi*, Genişletilmiş 5. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- YENER, Sema GÜNERİ, *Olağanüstü Mal Rejimi*, Antalya: Akdeniz Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.
- YERAL, Vuslat Çakır, *Edinilmiş Mallara Katılma Rejimi*, Ankara: Gazi Üniversitesi, Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2014.
- YILMAZ, Süleyman, Abdulkerim YILDIRIM, *Medeni Hukuk – I*, 2. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- ELEKTRONİK KAYNAKÇA
- Kaya & Partner Hukuki Danışmanlık, “Mal Rejimi Nedir”, 13.04.2022, <https://kayapartner.com>
- Prof. Dr. İlhan Helvacı Dersleri, “Tasarruf Yetkisinin Sınırlanması” 13.04.2022, <http://www.ilhanhelvacidersleri.com/anasayfa>.

DİJİTAL BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ VE ÇOCUĞUN DİJİTAL SOSYAL MEDYA KULLANIMI FAALİYETLERİNE ODAKLANAN VELAYET HAKKININ KULLANIMININ SINIRLARI ÜZERİNE BAZI DEĞERLENDİRMELER

*Doğa Ekrem DOĞANCI**

Öz

Dijital dünyadaki aile ve çocuk ilişkilerinin sosyolojik, psikolojik vb. yönleri yanında hukukun çeşitli alanları açısından da farklı boyutları bulunmaktadır. Bu hususun hukuku ilgilendiren alanları arasında özellikle velayet hukuku ve çocuk hukuku zikredilebilir. Velayet hakkı sadece bir hak olarak değil ayrıca çocuğun menfaatlerini korumaya yönelik hak, yetki ve ödevler bütünü olarak kabul edilmektedir. İncelememiz yönünden de dijital dünyada velayetin yürütümünde dijital bakım yükümlülüğünden bahsedilmektedir.

İncelememizde öncelikle çocuk hukukuna ve velayet hukukuna ilişkin birtakım ilkeleri paylaştıktan sonra velayet hakkının kullanımında dijital bakım yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bazı tespitlerimizi paylaşacağız. Günümüzde teknolojinin hızlı gelişimiyle ailelerin dijital bakım yükümlülüğünü yerine getirmesi hiç de kolay değildir. Burada velilerden beklenen çocuğun sadece tehlikelerden korunması değil, bunun ötesinde aktif şekilde birtakım faaliyetlerde de bulunmalarıdır. Bu bağlamda belli durumlarda birbirleriyle geçişli olan dijital bakım yükümlülüğüne ilişkin koruma, gözetleme ve kontrol, yasaklama ve kendini geliştirme/eğitme unsurlarını aktaracağız.

Velayet hakkının ve dijital bakım yükümlülüğünün çeşitli sınırları bulunmaktadır. Bu durumlardan biri de çocuğun dijital sosyal medya kullanımı faaliyetlerine odaklanan velayet hakkının kullanımınıdır. Velilerin, çocuğun dijital ortamdaki faaliyetlerine yönelik müdahalelerinde kullanılan araçlar arasında ebeveyn kontrolü (“*parental control*”) uygulamaları veya aygıtları da yer almaktadır. Bunlar arasında

* Dr. Öğr. Üyesi, Sakarya Üniversitesi, ddoganci@sakarya.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-8771-0907.

konum bildirme aygıtları ve uygulamaları, tarayıcı geçmişi kontrolü, birtakım internet sitelerine giriş engelleyicileri vb. yer alır. İncelememizde söz konusu durumu çocuk hukuku ilkeleri ve dijital bakım yükümlülüğüne ilişkin unsurlar bağlamında irdeleyeceğiz. Analog dünyada olduğu gibi dijital dünyadaki faaliyetlerde de ana ilke olan çocuğun yüksek yararı ilkesi ön plandadır. Bununla birlikte çocuğun üstün yararının gerçekleştirilmesine hizmet eden çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi, ölçülülük ilkesi, velayet hakkına müdahalenin ikincilliği ilkesi, tamamlayıcılık ilkesi gibi ilkelere yapılan vurgunun seviyesi çocuğun dijital sosyal medya kullanımı faaliyetlerine yönelik yapılacak müdahalelere ilişkin olarak somut olayda değişebilmektedir. Değerlendirmenin son bölümünde ise çocukların dijital faaliyetlerine ilişkin birtakım durumları da genel hatlarıyla örnek olarak ele alacağız. Bunlar arasında akıllı cep telefonu, oyun konsolları ve konumuzu ilgilendirdiği yönüyle dijital ortamda üçüncü kişilerin verilerinin paylaşıldığı uygulamalar şeklindeki örnekler yer almaktadır.

Anahtar Kelimeler: Dijital Bakım Yükümlülüğü, Velayet Hukuku, Ebeveyn Kontrolü Uygulamaları, Çocuk Hukuku, Çocuğun Yüksek Yararı İlkesi.

SOME CONSIDERATIONS ON THE DIGITAL CARE OBLIGATION AND THE LIMITS OF THE USE OF CUSTODY FOCUSING ON THE CHILD'S DIGITAL SOCIAL MEDIA USE ACTIVITIES

Abstract

Family and child relations has different dimensions in the sociological, psychological fields as well as in various fields of law. Among the legal areas of this issue, especially custody law and juvenile law can be mentioned. The right of custody is not only a right, but is accepted as a set of rights, powers and duties to protect the interests of the child. In terms of our review, the obligation of digital care is mentioned in the execution of custody in the digital world. In our review, firstly, after sharing some principles of child law and custody, we will share some of our determinations regarding the scope of digital care obligation in the use of the right of custody. With the rapid development of today's technology, it is not easy for families to fulfill their digital care obligation. What here expected is that the parents not only protect the child from dangers, but also actively engage in some activities. In this context, we will convey the protection, surveillance and control, prohibition and self-development/education elements related to the digital maintenance obligation, which are interchangeable in certain situations.

The right of custody and the obligation of digital care have several limits. One of these situations is the use of custody, which focuses on the child's digital social media usage activities. Parental control ("parental control") applications or devices are among the tools used by the parents in the intervention of the child's activities in the digital environment. These include geolocation devices and applications, browser history control, websites blockers etc. In our review, we will examine the situation in the context of child law principles and elements of digital care obligation. The principle of the best interests of the child, which is the main principle in the activities in the digital world as well as in the analog world, is at the forefront. However, the level of emphasis on principles such as the principle of respecting the personality of the child, the principle of proportionality, the principle of subordination of the intervention to the right of custody, the principle of complementarity, which serve to realize the principle of the child's best interests, may vary in the concrete case with regard to the interventions to be made towards the child's digital social media use activities. In the last part of the evaluation, we will generally consider some situations related to children's digital activities as examples. Among these, there are examples in the form of smart mobile phones, game consoles as well as the general examination of applications where third parties' data is shared in the digital environment to the extent that it is relevant to our subject

Keywords: Digital Care Obligation, Custody Law, Parental Control Practices, Child Law, The Best Interests of the Child Principle

GİRİŞ

Dijital dünya beraberinde getirdiği büyük fırsatlar ve olanaklar yanında, ayrıca kişiler yönünden çeşitli riskler de içermektedir. Bunlar özellikle toplumumuzun en savunmasız gruplarından biri olan çocuklar ve gençleri etkileyebilmektedir. Örneğin bu konuda 2019 yılının ortalarında Alman Federal Meclisi bilim kurulunun hazırladığı uzman raporu Amazon Alexa dijital konuşma asistanlarının küçükler yönünden yarattığı risklere dikkat çekmişti. Bu riskler arasında çocuk bilgilerinin kaydedilmesi, küçüklerin burada kişisel bilgilerini ifşa etmesi, küçüklerin kendileri için uygun olmayan içeriklere kendi sesleriyle erişebilme imkânları gibi durumlar yer almaktaydı¹.

Dijital ortamdaki faaliyetlerin yarattığı risklerin hukuk alanı açısından farklı boyutları bulunmaktadır. Bu bağlamda çocuk hukukunun da birçok farklı disiplini ilgilendiren karma bir alan olduğunu söyleyebiliriz. Bunlar arasında ceza hukuku, telif hukuku, iş hukuku, kişisel verilerin korunması hukuku² vb. yer almakla birlikte incelememiz özellikle velayet hukuku ve kişiler hukuku kapsamında bazı değerlendirmelerimizi içermektedir. Biz de öncelikle velayet hakkının kullanımında dijital bakım yükümlülüğünün kapsamına ilişkin bazı tespitlerimizi paylaşacağız.Bu kapsamda somut olayda birbiriyle geçişli

¹ Aslında Alman bilim kurula göre Amazon kullanıcılarının veri işleme konusunda yeterince bilgilendirip bilgilendirmediği ve onların onayının istenip istemediği sorusuyla ilgili olarak AB (Avrupa Birliği) Genel Kişisel Verilerin Korunması Tüzüğü'nün şartlarını kural olarak sağlıyordu. Ancak bilim adamlarına göre, riskler esas olarak "Alexa" uygulamasının bir parçası olan bir akıllı evi ('smart home') ziyaret eden küçükleri (ve ilgisiz misafirleri) etkiliyordu. Daha somut olarak çocuklar burada kişisel bilgileri ifşa edebiliyorlar veya reşit olmayanlar için uygun olmayan içeriklere kendi sesleriyle erişebiliyorlardı. Ayrıca bu yazılım ziyaretçilerin tüm faaliyetlerini de kayıt altına alıyordu. Bu konuda Bkz. Welt. Bundestags-Gutachten warnt Eltern vor „Alexa“, 09.07.2019, <https://www.welt.de/wirtschaft/article196620335/Amazon-Bundestags-Gutachten-warnt-Eltern-vor-Alexa.html>, (Erişim tarihi: 15.03.2022).

²Bir çocuğun coğrafi konumu, sosyal medyadaki yazışma geçmişi, cep telefonundaki resim ve videolar, internet gezinimi/ sörfü davranış şablonu onun kişisel verisi niteliğinde olup, buna yönelik müdahaleler de kişisel veri koruma hukukuna tabidir. Bir çocuğun rızası kural olarak, bilgi eksikliği, arzusu olmaması veya onay verme yeteneğinin bulunmamasından dolayı geçerli olmadığı için, aile de bu konuda özellikle çocuk ile arasında olası bir menfaat çatışması olduğunun kabulü durumunda rıza veremeyeceği için burada kişisel veri koruma hukukuna yönelik hukuka uygunluk nedenlerinin irdelenmesi gerekir. Bu konuda örneğin Bkz. Leeb, Christina-Maria/ Starnecker, Tobias, "Rechtliche Grenzen des digitalisierten Alltags von Eltern und Kindern Ein Überblick anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung", *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 21, 2021, s. 97-101, s. 99 vd.

olabilen koruma, gözetleme ve kontrol, yasaklama ve kendini geliştirme/eğitme unsurlarını irdeleyeceğiz.

Çocuğun tanımına ilişkin olarak Çocuk Hakları Sözleşmesi (ÇHS) m. 1'de: "... *kanuna göre daha erken yaşta reşit olma durumu hariç, onsekiz yaşına kadar her insan çocuk sayılır.*" ifadesi yer almaktadır. 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇKK) ise çocuğun tanımı: "*daha erken yaşta ergin olsa bile, onsekiz yaşını doldurmamış kişi*" şeklinde ifade edilmiştir. TMK' da ise çocuğun tanımı yer almamaktadır. Hatta farklı anlamları olsa da bazı hükümlerde aynı anlama gelebilecek şekilde çocuk ifadesi geçerken, diğer bazı hükümlerde küçük ifadesine yer verilmektedir. Örneğin ehliyetle ilişkin bazı hükümlerde "*küçük*" ifadesi kullanılırken, velayete ilişkin hükümlerde "*çocuk*" ifadesi tercih edilmektedir. Kavramsal olarak çocuğun, doğum ile erginlik arasındaki dönemde yer alan bir kişiyi belirtmek üzere kullanıldığını söyleyebiliriz³. Çocukluğun sona ermesini ifade eden erginlik ise çocuğun on sekiz yaşını doldurması ile (TMK m. 11 f. 1), evlenme ile (TMK m. 11 f. 2) veya mahkeme kararıyla (TMK m. 12) söz konusu olabilir. Biz incelememizde ise sınırlı ehliyetsiz olan küçüğü esas alacağız.

Velayet hakkının kullanımının çeşitli sınırları bulunmaktadır. Çalışmamızda bunlar arasında yer alan çocuğun dijital ortamda faaliyetlerine yönelik yapılan müdahaleleri⁴ inceleyeceğiz. İncelemede ailenin çocuklarının özel alanına müdahalesinde kullanılan araçlar arasında yer alan ebeveyn kontrolü ("*parental control*") uygulamaları veya aygıtlar da dikkate alınacaktır. Takip eden açıklamalarımızda ise çocukların dijital faaliyetlerine ilişkin birtakım durumlar irdelenecektir. Bunlar arasında akıllı cep telefonu ve oyun konsolları, anlık mesajlaşma servislerinin kullanımı ve konumuzu ilgilendirdiği yönüyle dijital ortamda üçüncü kişilerin verilerinin paylaşıldığı uygulamalara yönelik bazı değerlendirmelerimiz paylaşılacaktır.

³ Elçin Grassinger, Evgen Gülçin. *Türk medeni kanununda yer alan velâyet hükümleri kapsamında küçüğün kişi varlığının korunması için alınacak tedbirler* (MK md. 346, md. 347, md. 348), On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009, s. 51.

⁴ Leeb/ Starnecker, s. 97 vd.; Rake, Ulrich. "Digitale Kommunikation von Kindern - Grenzen der elterlichen Kontrollbefugnisse", S. 24, 2018, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, s. 1717-1722; Herberger, Maria, "Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer", *JM*, 12, 2020, s. 442-449.

I. DEĞERLENDİRMEDE DİKKATE ALINABİLECEK BAZI İLKELER

Velayetin yürütümü ve dijital bakım yükümlülüğü ile ayrıca genel olarak çocuk hakkında karar verilirken gerek velilerin gerekse karar mercilerinin çeşitli ilkeleri gözetmeleri gerekir.

Bunlar arasında öncelikle diğer ilkelerin de kendisinden çıkarılabileceği ve birlikte değerlendirilmesi gereken ana ilke olan çocuğun menfaatinin/ üstün yararının korunması ilkesi zikredilebilir⁵. Söz konusu ilkeye Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde (m. 3, 12), Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nin çeşitli maddelerinde (önsözünde, m. 1, m. 12), Anayasa m. 41'de, TMK'nın çeşitli hükümlerinde (TMK m. 128, 182 f. 2, 317, 318 f. 2, 323 vd., 339 vd., 360 vd.), Çocuk Koruma Kanunu (m. 4) ve ilgili yönetmeliklerde yer verilmiştir. Çocuk menfaati kavramı söz konusu kanun metinlerinde tanımlanmamış olup, hüküm içi boşluk bırakılmıştır. Çocuğun yaşı, nitelikleri, bulunduğu çevre, içinde bulunduğu dönem vb.'ne göre değişebilen çok geniş ve esnek bir kavram olan çocuk menfaati kavramının manevi, bedensel, mal varlıksal, zihinsel, sosyal, kültürel, ahlaki, eğitsel ve hukuksal çeşitli boyutları olup, somut olay değerlendirilmesini gerekli kılmaktadır⁶. Bu anlamda çocuk hukukunun ve velayet hukukunun diğer ilkelerinin de ana ilke olan çocuk menfaati ile birlikte okunması gerekir. Bazen bu ilkelerden bazıları daha fazla ön plana çıkabilmektedir.

Çocuğun çocukluktan kaynaklanan güçsüzlüğü, tecrübesizliği, kendini yeterli şekilde koruyamama durumu, sağlığı onun özel olarak korunma ihtiyacını gerektirmektedir. Bu bağlamda çocuğun menfaatinin korunmasına ilişkin hükümler sıklıkla emredici tabiata sahip olup; kamu düzeni, kamu yararı, zayıfların korunması gibi ilkeler (kısaca: kamusal ilkesi) ön plana çıkar. Bir yetki ve

⁵ Brauchli, Andreas. *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Schulthess Verlag, Zürich, 1982, s. 136; Elçin Grassinger, Evgen Gülçin. "Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar", *Çocuk hakları çalışmaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017, s. 2 vd.; Özdemir, Hayrünnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal. *Çocuk hukuku ve çocuk hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016, s. 16 vd.; Özcan Büyüktanır, Burcu G.. *Çocuğun kişilik hakkı ve çocuğun kişilik hakkının hukuka aykırı fiillere karşı korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019, s. 60 vd.; Akyüz, Emine. *Çocuk hukuku: Çocukların hakları ve korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020, s. 12, 53 vd., 227; Öztan, Bilge, *Aile hukuku*. 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 1137.

⁶ Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya. *Aile hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, s. 310; Elçin Grassinger, 2017, s. 4 vd.; Akyüz, s. 53; Brauchli, s. 114 vd.

yükümlülükler bütününe içeren velayet de çocuğun yararına hizmet etmekte olup, kamu düzenine ilişkindir⁷. Bu bağlamda çocuk menfaatinin gözetilmesi ve velayet hakkının makro düzeyde de toplumsal bir işlevi olup, kendi kararlarını verebilecek sorumluluk sahibi bireylerin yetişmesine hizmet etmektedir⁸.

Çocuğun menfaatinin tespit edilebilmesinde çocuğun dinlenilmesi de büyük önem taşımaktadır⁹. Bir başka deyişle çocuğun menfaati onun kişiliğine saygı gösterilmesini de gerektirmektedir¹⁰. Bunun yolları arasında da özellikle onun, kendi hakkındaki uyuşmazlıklar hakkında bilgi alması, görüşlerini serbestçe ifade etmesi ve bu kapsamda dinlenilmesi, hatta özellikle şahıs varlığını yakından ilgilendiren bazı uyuşmazlıklarda olurunun da alınması (verilen kararlara katılımının sağlanması) yer alır¹¹. Bundan sonra üst başlık olarak çocuğun katılımının sağlanması ilkesi olarak ifade edeceğimiz bu ilke; Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi (BMÇHS)'nin dört temel ilkesinden biri olarak kabul edilmiş (m. 12)¹², yine Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde (AS m. 3, 6), 5395 Sayılı Çocuk Koruma

⁷ Akıntürk/ Ateş, s. 310 vd.; Akyüz, s. 223 vd.; Hatemi, Hüseyin/ Oğuztürk, Burcu Kalkan. *Aile hukuku: Ders kitabı*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, § 17 N. 3, 8, 9. Yine Bkz. "...Velayet hususu, çocukları ilgilendiren konuların en başında gelir. Velayet düzenlemesinde;... çocuğun yararına üstünlük tanınması gereklidir. Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecek idiyse, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde vermesi gereken karar; yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır. Velayet düzenlemesi kamu düzenine ilişkin olup, yargılamanın her aşamasında re'sen araştırma ilkesi geçerlidir." (Yargıtay, 2. Hukuk Dairesi 2018/2369 E., 2018/5808 K.'dan naklen) (<https://karararama.yargitay.gov.tr/YargitayBilgiBankasiIstemciWeb/>), 02. 05. 222 tarihinde ziyaret edilmiştir)

⁸ Krs. Veit, Barbara. "BGB § 1626, 1646, 1666", *Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 4. Familienrecht*, 54. Basım, Beck Verlag, München, 2019, N. 10; Akyüz, s. 59 vd.; Specht-Riemenschneider, Louisa, *Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunst- urheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht*, DJI Verlag, München 2021, s. 569; Brauchli, s. 137; Diederischen, Uwe. "§ 1589- 1921 BGB". *Palandt Bürgerliches Buch*, 69. Baskı, Beck Verlag, München, 2020, § 1626 N. 2.

⁹ Akıntürk/ Ateş, s. 311.

¹⁰ Elçin Grassinger, 2017, s. 10 vd.; Özcan Büyüktanır, s. 267.

¹¹ Hatemi/ Oğuztürk, § 17 N. 8; Elçin Grassinger, 2017, s. 11; Serozan, Rona A.. *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017, § 5 N. 116.

¹² Özdemir/ Ruhi, s. 17 vd.; Akyüz, s. 60 vd.

Kanunu'nda temel bir ilke olarak görülmüş (ÇKK m. 4 f. 1 d)¹³) ve bu ilkeye TMK m. 339 f. 3'de de yer verilmiştir.

Ancak çocuğun katılımının sağlanması ilkesi doğal olarak çocuğun bu konuda ayırt etme gücünün bulunmasını gerektirir. Fakat akla uygun biçimde davranma olarak tanımlayabileceğimiz ayırt etme gücü de nisbi, göreceli bir kavram olup; somut olayda işin niteliği, çocuğun durumu ve olayın koşullarına göre somutlaştırılması gerekir¹⁴. Çocuğun somut olayda ayırt etme gücünün bulunduğu karine olarak kabul edildiğinde, çocuğun katılım hakkına ilişkin olarak somut olayda BMÇHS'de “*çocuğun yaşına ve olgunluk derecesine uygun olarak dinlenilmesi veya görüşünün alınması*” gerekliliği (BMÇHS m. 12), AS m. 3'te: “*...yeterli idrake sahip olduğu takdirde çocuğun, kendisini ilgilendiren tüm davalarda bilgi alma, kendisine danışılma ve görüşlerini ifade etme ve ifade ettiği görüşün hukuki sonuçlarının ne olacağına ilişkin bilgi sahibi olma hakkına*” sahip olduğu, TMK m. 339 f. 3'de ise çocuğun hayatını düzenleme imkânını velilerin ona “*olgunluğu ölçüsünde*” tanıyacakları vurgulanmıştır. Ancak ne zaman ki somut olayda çocuğun ayırt etme gücünün bulunmadığı kabul ediliyorsa, ana ilke olan çocuğun menfaatinin korunması ilkesi devreye girerek çocuğun subjektif iradesi yerine onun menfaatlerine en uygun düşen farazi iradesi esas alınarak bir değerlendirme yapılacaktır¹⁵. Yine somut olaydaki değerlendirmede çocuğun menfaatine aykırılık görülürse, örneğin çocuğun mağdur olduğu bir vakada onun dinlenilmesi (veya yeniden dinlenilmesi) çocuk üzerinde ağır psikolojik travma yaratacaksa çocuğun görüşüne (yeniden) başvurulmaması da mümkündür¹⁶. Her zaman son soyutlamada çocuğun menfaati ön planda olup, çocuğun görüşünün alınması da velilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmayacaktır.

Velayet hakkına müdahalenin ikincilliği ilkesi ve tamamlayıcılık (anne babın aldığı tedbirleri tamamlayıcı nitelikte olması) ilkesi

¹³İlkeler başlıklı ÇKK m. 4 f. 1, d)'de: “*Bu Kanunun uygulanmasında, çocuğun haklarının korunması amacıyla;...Çocuk ve ailesi bilgilendirilmek suretiyle karar sürecine katılımlarının sağlanması...*” ilkesinin gözetileceği belirtilmiştir.

¹⁴ Krş. Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*. 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013, s. 60; Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku (Kişiler hukuku)*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021, N. 305 vd.; Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021, § 4 N. 31, 35 vd.

¹⁵ Brauchli, s. 135 vd.; Elçin Grassinger, 2017, s. 15; Akyüz, s. 58 vd.

¹⁶ Krş. Elçin Grassinger, 2017, s. 20; Özcan Büyüktanır, s. 142.

de¹⁷ yine çocuğun menfaatinin korunması ilkesine hizmet eder. Gerçekten de çocuğun menfaatini en iyi şekilde gözetilecek olanın çocuğun (özellikle çok erken yaşlarda başta) anne ile babası olduğu, hukuk öğretisi ve uygulaması¹⁸ yanında, çocuğun somut olaydaki menfaatlerinin sağlanması ve gözetilmesi beklenen objektif psiko- sosyal araştırma verilerince¹⁹ de kabul edilmektedir. Bu anlamda anne ve babanın velayeti amacına uygun kullanmaması durumunda devreye girecek velayete ilişkin önlemler ağırlığına göre gerek kendi içlerinde ve diğer önlemler ile ilişkisinde aşamalı olarak devreye girecektir²⁰. Böylece ancak “*çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde, ana ve baba duruma çare bulamaz veya buna güçleri yetmez*” ise ve “*çocuğun korunması için uygun önlemler*” alınması suretiyle devreye girecek olan²¹ TMK m. 346 kapsamında bir sonuca varılamaması ihtimalinde; çocuğun başka bir aile ya da kuruma yerleştirilmesi (TMK m. 347) ve bunun da sonuç vermemesi durumunda²² velayetin kaldırılması yoluyla (TMK m. 348) bir koruma sağlanması gündeme gelecektir.

Yine velayetin yürütümü ve dijital bakım yükümlülüğü çerçevesinde hangi tedbirin hangi kapsamda alınması gerektiği hususunda karar verilirken (öğretide ikincilik ve tamamlayıcılık ilkelerini de içerdiği belirtilen) ölçülülük ilkesi gözetilmeli, müdahale amacı ile aracı arasında uyum olmalıdır. Ayrıca tedbirde

¹⁷ Öztan, 2015, s. 1138.

¹⁸ Akıntürk/ Ateş, s. 310 vd.

¹⁹ Akyüz, s. 54.

²⁰ Öztan, 2015, s. 1140; Akıntürk/ Ateş, s. 435; Rake, s. 1721; Herberger, 2020, s. 449. Son zikredilen yazara göre veliler yeni medyayla ilgili tehlikeleri fark edemiyorlarsa ve bu nedenle çocuğun menfaati için bir tehlike varsa, velayete ilişkin adli tedbirler alınabilir. Yine yazarın işaret ettiği Frankfurt Yüksek Bölge Mahkemesi’ne (OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.06.2018 - 2 UF 41/18) göre de velayete ilişkin tedbirlerin alınması konusunda sabit olan husus çocuğun refahının soyut olarak tehlikeye atılması, adli tedbirlere hükmedilmesi için yeterli değildir. Aksine, yalnızca çocuğun refahının yeterince somut bir şekilde tehlikeye atılması bu tarz önlemleri haklı çıkarır (449).

²¹ Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile hukuku*, 6. Baskı. Turhan Kitabevi Ankara, 2022, s. 511 vd.; Dural, Mustafa/ Oğuz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, *Türk özel hukuku. 3: Aile hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022, N. 1730 vd.

²² TMK m. 348’de bu hususu vurgulamak üzere: “*Çocuğun korunmasına ilişkin diğer önlemlerden sonuç alınamaz ya da bu önlemlerin yetersiz olacağı önceden anlaşılırsa...*” şeklinde ifade edilmiş ve şu hallerde velayetin kaldırılabileceğine hükmedilmiştir: “*1. Ana ve babanın deneyimsizliği, hastalığı, başka bir yerde bulunması veya benzeri sebeplerden biriyle velayet görevini gereği gibi yerine getirememesi. 2. Ana ve babanın çocuğa yeterli ilgiyi göstermemesi veya ona karşı yükümlülüklerini ağır biçimde savsaklaması*”.

tercih edilecek aracın türü ve kapsamında yasaklama gerekçesi ve çocuğun menfaatinin gözetilmesi gerekmektedir²³. Bu anlamda somut alınacak tedbirler çocuğa yönelik tehlikeyi önlemeye elverişli, gerekli ve ölçülü olmalıdır²⁴. Özellikle ölçülülük ilkesi çerçevesinde sadece dijital sosyal medya araçlarının kullanımının tek başına çocuğu tehlikeye düşürdüğünün kabulü ve mahkeme tarafından bu konuda aileye karşı tedbir alınması kural olarak yeterli görülmemelidir²⁵. Ancak çocuğun tehlikede olduğu ve ebeveynlerinin onu koruma fonksiyonu zedelendiği zaman bir müdahale söz konusu olmalıdır.

II. VELAYET HAKKI VE DİJİTAL BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜ

Velayet hukuku yönünden çocuğa ilişkin dijital kayıtların kim tarafından, hangi şartlar ve kapsamda işlenebileceği ve paylaşılabileceği incelenebilir. Evliliğin devamı suresince ana ile baba velâyet haklarını birlikte kullanırlar (TMK m. 336 f. 1). Ancak onlardan birinin ölmesi durumunda sağ kalan, boşanmaları halinde ise çocuğun kendisine bırakılmış olduğu taraf velayet hakkına sahiptir²⁶. Velayet hakkına sahip olan anne ve/veya baba bu hakkını kullanırken eğitimi ve bakımı konusunda çocuğun menfaatinin gözetmeleri gerekir (TMK m. 339 f. 1). Bu anlamda velayet hakkı sadece yetki vermekle kalmayıp, bünyesinde eş zamanlı olarak çeşitli yükümleri de bulunduran²⁷, çocuğun menfaatlerini korumaya yönelik hak, yetki ve ödevler bütünü olarak kabul edilmektedir²⁸.

Velilerin çocuğun bakımına ilişkin hak ve yükümlülüğü, çocuğun kişiliğine (*Personensorge*) ilişkin olabileceği gibi, malvarlığına da (*Vermögenssorge*) ilişkin olabilir²⁹. Malvarlığına ilişkin bakım yükümlülüğü çocuğun malvarlığı üzerinde bakım hak ve

²³ Krş. Serozan, § 5 N. 114 vd., 115; Öztan, 2015, s. 1138 vd.

²⁴ Jokisch, Beate. "Die Entwicklung der Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahre 2016", *Familie und Recht (FuR)*, C. 28, S. 9, 2017, s. 479- 486, s. 479; Specht-Riemenschneider, s. 570; Serozan, § 5 N. 114 vd.; Öztan, 2015, s. 1139.

²⁵ Herberger, 2020, s. 449.

²⁶ TMK m 337'ye göre ise: "Ana ve baba evli değilse velâyet anaya aittir. Ana küçük, kısıtlı veya ölmüş ya da velâyet kendisinden alınmışsa hâkim, çocuğun menfaatine göre, vasi atar veya velâyeti babaya verir".

²⁷ Serozan, § 5 N. 100; Hatemi/ Oğuztürk, § 17 N. 7.

²⁸ Dural/ Öğüz/ Gümüş, N. 1686.

²⁹ Specht-Riemenschneider, s. 569.

yükümlülüğünü ve bu anlamda gerekli tüm fiili ve hukuki tedbirlerin alınmasını içerirken, çocuğun kişiliğine ilişkin bakım yükümlülüğü onun yetiştirilmesine yönelik olup, birçok farklı yetki ve yükümlülük içermektedir³⁰. Artık günümüz dijitalleşme çağında velayetin yürütümünde ailenin dijital bakım yükümlülüğünden (*'dijitale elterliche Sorge'*) bahsedilmektedir³¹. Örneğin; bir çocuğun resmini veya videosunu internete yüklemesine veya paylaşmasına izin verilmesi bu kapsamda değerlendirilebilir³².

Bir önceki başlıkta aktardığımız ilkeler gözetilerek günümüzün koşullarında ailelerin dijital bakım yükümlülüğünü yerine getirmesi hiç de kolay değildir. Burada talep edilen sadece çocuğun tehlikelerden korunması değildir; bunun ötesinde veliler fiili olarak ve hukuki işlem boyutuyla aktif bir şekilde tamamlayıcı birtakım faaliyetlerde de bulunmalıdırlar³³. Bunu yapabilmek için onların dijital medyayı aktif bir şekilde takip etmeleri ve gençleri veya çocukları bunun olumlu ve olumsuz boyutları konusunda uyarmaları veya yönlendirmeleri gerekmektedir³⁴.

Dijital bakım yükümlülüğünü somutlaştırmak üzere bunun çeşitli unsurlarını burada şu şekilde sıralayabiliriz³⁵: Koruma unsuru (*'Schutzelement/Aufsichtspflicht'*), aydınlatma ve yardımcı olma unsuru (*'Aufklärungs- und Hilfestellungselement'*), gözetleme ve kontrol unsuru (*'Überwachungs- und Kontrollelement'*), yasaklama unsuru (*'Verbotselement'*), Eğitim (kendini geliştirme/eğitme) unsuru (*'Fortbildungselement'*). Belli durumlarda birbiriyle çok geçişli olabilen bu unsurları kısaca açıklayabiliriz.

³⁰ Huber, Peter. "BGB § 1626, 1626a, 1631, 1632". *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII*, 8. Baskı, Beck Verlag, München, 2020, N. 36.

³¹ Specht-Riemenschneider, s. 569. Yazar son yıllarda Almanya'da birçok kararda aileye karşı dijital bakım yükümlülüğünün ihlalden dolayı birtakım tedbirlere hükmedildiğine, bu tedbirler arasında (dijital) sosyal medya araçlarının gözetimi, bunlar konusunda bilgilendirme ve bazen de bunların kullanımının sınırlandırılması veya yasaklanmasının bulunduğuna işaret etmektedir (s. 569 vd.).

³² Krş. Veit, BGB § 1646, N. 4.

³³ Huber, BGB § 1632, N. 6.

³⁴ Specht-Riemenschneider, s. 570.

³⁵ Bizimde devam eden açıklamalarımızda esas aldığımız söz konusu unsurlar için Bkz. Specht-Riemenschneider, s. 590.

III. DİJİTAL BAKIM YÜKÜMLÜLÜĞÜNÜN UNSURLARI

İlk olarak inceleyeceğimiz dijital bakım yükümlülüğünün koruma unsuru şeklinde kendini gösteren görünümünü de ikili bir alt ayırında irdeleyebiliriz.

Bunlardan ilkinine göre velilerin dijital dünyadan gelen birtakım tehdit veya saldırılara karşı çocuklarını dijital ortamda korumak için uygun önlemleri almaları gerekir³⁶. Bir çocuk ve üçüncü bir taraf arasında bunlardan birinin inisiyatifiyle sosyal ağlarda iletişim kurulabilir. Böyle bir etkileşim çocuk yönünden zararlı olduğu birçok farklı durumla da karşılaşılabilir. Örneğin; siber mobbing (“*Cybermobbing*”)³⁷, siber taciz (“*Cyberstalking*”), yetişkinlerin çocuklara istekleri dışında güçlü cinsel içerikli dijital metin mesajları göndermesi (“*Sexting*”)³⁸ çocuğun kişilik haklarının ihlali yoluyla çocuğun menfaatini tehlikeye düşürebilir. Bunların yanında yine örneğin; siber ortamda reşit olmayan kişilerin bir süre cinsel amaçlı manipüle edilmesi, kandırılması olarak adlandırılan siber uşaklaştırma (“*Cyber grooming*”)³⁹, çocukların dijital ortamda tuzağa düşmesinden sonra döngüsel olarak gerçekleşen cinsel içerikli tehdit (“*sextortion*”)⁴⁰, dışlama, çocuğun bilgilerinin, resim ve videolarını internette dağıtma, Rahatsız Etme (“*Harassment*”), çocuğu bir olayın içine sokmak suretiyle elde ettiği görüntüleri yaymayı ifade eden mutlu tokat durumu (“*Happy*”)

³⁶Krş. Herberger, 2020, s. 446.vd.; Specht-Riemenschneider, s. 590; Huber, BGB § 1632, N. 66; Döll, *Erman Handkommentar*, §1632 N. 19; Götz, Isabell. “BGB § 1631, 1632”, *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7, 78*. Baskı, Beck Verlag, München, 2019, BGB §1631 N.3; Huber, BGB §1632, N. 66.

³⁷ Sosyal ağları kullanırken çocukların siber mobbing’e (“*cybermobbing*”) maruz kalma riski de vardır. Bu terim, psikolojik şiddeti, yani failerin modern bilgi ve telekomünikasyon teknolojilerini kullanarak, mağdurun tekrar tekrar ve daha uzun bir süre boyunca maruz kaldığı bir veya daha fazla kişi tarafından yapılan her türlü psikolojik şiddeti tanımlar. Ağır vakalarda, bu psikolojik etki fiziksel bozukluklara bile yol açabilir. Açıklamalarımız için Bkz. Herberger, 2020, s. 446.

³⁸ Herberger, 2020, s. 446.

³⁹ Siber uşaklaştırma ve buna karşı ebeveynlerin alabilecekleri önlemler hakkında örneğin Bkz. Gündoğar, Selin. *Siber Uşaklaştırma'ya Dikkat!*, 2. 04. 2019, Bilgi Üniversitesi İletişim Fakültesi: Dijital Medya ve Çocuk, <https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2019/04/02/siber-usaklastirmaya-dikkat/>, (Erişim Tarihi: 15. 02. 2022).

⁴⁰ Bu konuda örneğin Bkz. Alan, Ümit. *Her ebeveyn bilmeli: Cyber grooming ve sextortion*, 13. 12. 2020, BirGün, <https://www.birgun.net/haber/her-ebeveyn-bilmeli-cyber-grooming-ve-sextortion-326408>, (Erişim tarihi: 15. 02. 2022).

Slapping) gibi siber zorbalık teşkil eden davranışlar⁴¹ sayılabilir. Genel olarak şiddeti yücelten, radikalleşmeyi teşvik eden veya diğer türlü acımasız, yaşa uygun olmayan ve pornografik içeriklere maruz kalma tehlikesi bu kapsamda zikredilebilir⁴². Tüm bu durumlarda, dijital bakım yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi önem taşımakta olup, dijital dünyadan gelen birtakım tehdit veya saldırılara karşı velilerin çocuklarını dijital ortamda korumak (koruma unsuru) için uygun önlemleri almaları gerekmektedir⁴³. Burada velilerin çocuğun üçüncü şahıslarla ilişkilerine eşlik etme ve çocuğu üçüncü şahısların zararlı etkilerinden uzak tutma hakkı ve aynı zamanda yükümlülüğü doğar⁴⁴.

Koruma unsuruna ilişkin diğer bir durum ise çocuğun, faaliyetleri ile üçüncü kişilerin kişilik haklarının, telif haklarının veya diğer haklarının ihlaline sebebiyet vermesinin önlenmesidir⁴⁵. Gerçekten de çocukların dijital sosyal medyada sadece mağdur durumuna düşmedikleri aksine fail bile olabilmeleri mümkündür. Bu anlamda bir çocuğun diğer çocuklara da dijital zorbalık yapabilmesi⁴⁶ veya örneğin yasadışı dosya, film, müzik paylaşımında bunların sahiplerinin veya fotoğraf paylaşımlarında burada görünen üçüncü kişilerin haklarına ilişkin olarak⁴⁷ sorumluluğu gündeme gelebilir. Böyle bir durumda gerekli şartların bulunması durumunda sınırlı ehliyetsiz küçüklerin üçüncü kişilere karşı haksız fiil sorumluluğu gündeme gelebilecektir. Buna ilişkin tazminat talepleri onların malvarlığı menfaatlerini olumsuz etkileyecektir. Burada veliler, üçüncü kişilerin haklarının ihlal edilmemesi konusunda gerekli dikkati göstermelidir. Denetim düzeyi, her bir somut olayda farklılık gösteren bir dizi faktöre bağlıdır. Bunlar arasında çocuğun

⁴¹ Siber zorbalık teşkil eden davranışlar hakkında bir liste için Bkz. Karaca, Mustafa/ Mutlu, Tuğba/ Gencer, Gamze. "Siber Mağduriyet: Kavramsal Bir Çalışma". *Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 1, 2021, s. 177-191, s. 182.

⁴² Götz, Isabell, "Digital Natives im Familienrecht", *FamRZ*, S. 21, 2017, s. 1725- 1728, s. 1727; Rake, s. 1720; Specht-Riemenschneider, s. 590.

⁴³ Krş. Specht-Riemenschneider, s. 590; Herberger, 2020, s. 446 vd.; Götz, 2017, s. 590; Huber, BGB §1632, N. 66.; Döll, Yves. "BGB § 1632", *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II*, 15. Baskı, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2017, N. 19.

⁴⁴ Huber, BGB §1632, N. 66; Döll, *Erman Handkommentar*, N. 19; Herberger, 2020, s. 446 vd.

⁴⁵ Leeb/ Starnecker, s. 98; Rake, s. 1720; Herberger, 2020, s. 447.

⁴⁶ Rake, s. 1720.

⁴⁷ Leeb/ Starnecker, s. 98; Herberger, 2020, s. 447.

yaşı ve entelektüel gelişimi, aynı zamanda, üçüncü şahıslar tarafından daha önce söz konusu olmuş hak ihlalleri gibi belirli göstergeler bulunmaktadır⁴⁸.

Söz konusu durumlarda gerekli şartları mevcut ise; çocuğun kusur sorumluluğu (TBK m. 49) ve (somut olayda ayırt etme gücü bulunmuyorsa) hakkaniyet sorumluluğu gündeme gelebilir⁴⁹. Aslında koruma unsurunun bu görünümünde denetim görevi, haksız fiilde genel özen yükümlülüğünün somutlaşmış bir görünümünü teşkil eder. Böylece velilerin de kusuru ve diğer şartların bulunması durumunda üçüncü kişilere karşı (kusura dayalı) haksız fiil sorumlulukları bulunur.

Bunun yanında somut olayda velilerin (sıklıkla görüldüğü üzere) ev başkanı olarak kabul edilmeleri mümkündür. Ev başkanlığından söz edebilmemiz için birden fazla kişinin bir arada yaşaması (ev başkanlığı ilişkisi), bu kişilerin ev başkanının otoritesine tabi olmayı kabul etmeleri ve aralarındaki ilişkinin de süreklilik arz etmesi gerekir⁵⁰. Konumuz yönünden ev başkanlığı ilişkisinin kaynağı kan hısımlığına dayanan (TMK m. 367 f. 2) anne, baba ve küçüğün oluşturduğu aile olup, anne ve babanın velayet hakkı çerçevesinde de küçüğün onların sözünü dinleme yükümlülüğü (TMK m. 339 f. 2) bulunmaktadır. Burada TMK m. 367 f. 1 kapsamında kanundan doğan bir ev başkanlığı olup, kural olarak velayet hakkına sahip anne ve baba birlikte ev başkanı sıfatını taşırlar ve bu kapsamda ev kurallarını belirleyip uygularlar⁵¹. Böylece gerekli diğer şartların da sağlanması durumunda hukuki niteliği yönünden olağan sebep sorumluluğu teşkil eden⁵² ev başkanının sorumluluğuna ilişkin TMK m. 369 gereği küçüğün verdiği zarardan kusursuz sorumlulukları gündeme gelebilir. Buna

⁴⁸ Krş. Götz, 2019, BGB § 1631, N 3; Specht-Riemenschneider, s. 590.

⁴⁹ Serozan, N. 143.

⁵⁰ Dural/ Öğüz/ Gümüş, N. 1815 vd.; Öztan, 2015, s. 1221 vd.; Eren, Fikret. *Borçlar hukuku: Genel hükümler*, 26. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021, N. 2013 vd.

⁵¹ Kılıçoğlu, 2022, s. 535; Dural/ Öğüz, N. 1822, 1833 vd. Ancak son aktarılan eserde de vurgulandığı üzere ayrılık, ortak hayata son verilmiş olması, boşanma veya ölüm halinde eşlerden birinin ev başkanlığı gündeme gelebilir (N. 1824).

⁵² Antalya, O. Gökhan. *Marmara hukuk yorumu. Cilt V/ 1, 2: Borçlar hukuku Genel hükümler Haksız fiilden doğan borç ilişkileri sebepsiz zenginleşmede doğan borç ilişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2019, s. 325; Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar hukuku: genel hükümler Cilt 2*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020, N. 431; Akıntürk/ Ateş, s. 456; Öztan, 2015, s. 1228 vd.; Eren, N. 2005.

göre somut olayda velayet altındaki küçüğün üçüncü kişilerin şahıs veya malvarlığı değerlerine hukuka aykırı olarak (hukuka aykırılık) saldırmak suretiyle (illiyet bağı) onlara vermiş olduğu zarardan (zarar) ev başkanı sorumlu olacaktır. Ayrıca olumsuz bir şart olarak ev başkanının sorumluluğunun kabulü için kurtuluş kanıtı getirmemiş olması gerekir. Bu anlamda ev başkanı kurtuluş kanıtı olarak ancak *“alışılmış, şekilde durum ve koşulların gerektirdiği dikkatle onu gözetim altında bulundurduğunu”* (gerekli özeni gösterdiğini/olumlu kurtuluş kanıtı) veya *“gerekli özeni gösterseydi dahi zararın meydana gelmesini engelleyemeyeceğini”* ispat ederek (olumsuz kurtuluş kanıtı/ illiyet bağının kesildiğinin ispatı) veliler savunmada bulunabilir. (TMK m. 369 f. 1)⁵³

Çocukların kendilerini veya üçüncü kişileri tehlikeye atmamaları veya zarara uğramamaları için gerekli olan tedbirleri almakla yükümlü olan ev başkanı (TMK m. 369 f. 2) zorunluluk bulunması durumunda gerekli önlemlerin alınması üzere yetkili makama başvurabilir (TMK m. 369 f. 3). Öğretide bir zarar tehlikesi durumunda da gerekli önlemlerin alınması ve bunun önlenmesine yönelik bir davanın açılabilmesine işaret edilmektedir⁵⁴. Özellikle dijital dünyanın karmaşıklığı ve teknik yönleri düşünüldüğünde ve buradaki bir hatanın çocuğun ileriye dönük menfaatlerini ciddi bir şekilde tehlikeye atabileceği göz önüne alındığında bu tarz bir zorunluluğun söz konusu olabileceği söylenebilir.

Belirleyici olan, dijital bakım yükümlülüğünü yürüten kişinin somut olayda denetim görevini yerine getirip getirmediğidir. Somut olaydaki ev başkanı olan veli/veliler yönünden aranan denetim derecesi ise haksız fiilde özen görevlerinin kapsamı ve yoğunluğu için analog dünyada belirleyici olan aynı ilkelere dayanmaktadır⁵⁵. Gerekli ve makul önlemlerin sınırı ise, çocuklarının üçüncü şahıslara zarar vermesini önlemek için somut olayda ölçülülük ilkesi bağlamında beklenebilirlik dahilinde

⁵³ Öztan, 2015, s. 1231 vd.; Kılıçoğlu, 2022, s. 537 vd.; Akıntürk/ Ateş, s. 456 vd. Herberger, 2020, s. 447.

⁵⁴ Ev başkanlarına ilişkin olarak kıyasen TBK m. 70'in uygulanması suretiyle zarar tehlikesi durumunda da gerekli önlemlerin alınması ve bunun önlenmesine yönelik bir davanın açılabilmesi yönünde Bkz. Rodoslu, Koçano/ Emine Emine, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.63, S. 4, 2014, s. 879- 899, s. 894.

⁵⁵ Wagner, Gerhard. “§ 832”, *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 705–853 BGB)*, 4. Baskı, Beck Verlag, München 2004, s. 590.

ebeveynlerin ne yapmaları gerektiğine bağlıdır. Şayet aile bu tehlikeyi önlemek istemiyor veya bunu yapabilecek durumda değilse (TMK m. 346) aile mahkemesinin söz konusu tehlikenin önüne geçmek için medeni kanundaki çeşitli tedbirleri alması gerekmektedir. Özellikle çocuğun üçüncü kişilere karşı haksız fiil sorumluluğu olup da, aile bunu önlemiyor veya önleyemiyorsa çocuğun tehlikede bulunduğu kabul edilebilecektir⁵⁶.

Öte yandan dijital bakım yükümlülüğünün koruma unsurunun ve bu bağlamda ailelerin çocuklarının tüm hareketlerini takip etmelerinin/gözetlemesinin sınırları üçüncü kişilerin hakları yönünden gündeme gelebilir. Özellikle çocuğun iletişim muhatabı olarak üçüncü kişilerin kişilik haklarının ebeveynlerin gözetiminden etkilendiği kabul ediliyorsa böyle bir durumdan bahsedilebilir. Bu bağlamda veliler dijital bakım yükümlülüğünün yürütümünde diğer kanunların yanında özellikle Türk Medeni Kanunu, Türk Borçlar Kanunu, Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanun, Fikir ve Sanat Eserleri Hakkında Kanun ile Elektronik Haberleşme Kanunu'nu da dikkate almalıdırlar⁵⁷.

Aydınlatma ve yardımcı olma unsuru ise velilerin çocuklarını dijital medya kullanmanın tehlikeleri konusunda ~~onları~~ eğitmelerini ve uyarmalarını gerekli kılar. Nitekim TMK m. 340'da: "Ana ve baba, çocuğu olanaklarına göre eğitirler ve onun bedensel, zihinsel, ruhsal, ahlâkî ve toplumsal gelişimini sağlar ve korurlar(f. 1). Ana ve baba çocuğa, ...yetenek ve eğilimlerine uygun düşecek ölçüde, genel ve meslekî bir eğitim sağlarlar(f. 2)." şeklinde ifade edilmektedir⁵⁸. Ana ve babanın (giderleri kural olarak kendilerince karşılanmak üzere)⁵⁹ bakım borcu ve bu kapsamda çocuklarını eğitmeleri çocuğun ergin olmasına kadar ve hatta durum ve koşullar dahilinde aileden beklenebildiği ölçüde çocuğun eğitimi sona erinceye kadar da devam eder. (TMK m. 328).

Yukarıda aktarmış olduğumuz sosyal medyanın kullanımının çocuğun veya üçüncü şahısların haklarını ihlal etme riski yaratması

⁵⁶ Specht-Riemenschneider, s. 581.

⁵⁷ Krş. Leeb/ Starnecker, s. 99.

⁵⁸ Diederischen, § 1666, N. 2.

⁵⁹ Ancak TMK m. 327 f. 2'ye göre: "Ana ve baba, yoksul oldukları veya çocuğun özel durumu olağanüstü harcamalar yapılmasını gerektirdiği takdirde ya da olağan dışı herhangi bir sebebin varlığı hâlinde, hâkimin izniyle çocuğun mallarından onun bakım ve eğitimine yetecek belli bir miktar sarfedebilirler."

vakıf kurma-TMK m. 449-) ve mutlak anlamda şahsa sıkı sıkıya bağlı işlemler temsil yoluyla yapılamaz⁶⁴. Temsil yetkisi kapsamında çocuğa ilişkin işlemleri somut olayda doğrudan veya dolaylı temsilci olarak bizzat yapabilecekleri gibi bu işleme katılabilirler veya çocuğun yapacağı işleme önceden izin veya sonradan rıza gösterebilirler⁶⁵.

Konumuz açısından yardımcı olma unsuru çocuğun menfaatlerine aykırı düşmeyen dijital ortamdaki faaliyetlerine de velilerin rıza göstermesini de gerekli kılabılır⁶⁶. Gerçekten de sınırlı ehliyetsiz çocuğu yükümlülük altına sokabilecek borçlandırıcı işlemler (ve TMK m. 16 f. 1'in amaca göre yorumuyla) tasarruf işlemleri yasal temsilcisi olan velilerin rızasına bağlıdır⁶⁷. Söz konusu işlem çocuğun malvarlığı menfaatlerini kısa dönemde olumsuz etkilemekle birlikte, şahıs varlığı menfaatlerini, orta veya uzun dönem malvarlığı menfaatlerini olumlu etki gösterebilecek nitelikte olabilir. Burada yasal temsilciler yardımcı olma unsuru kapsamında, görüntülerin, ses kayıtlarının vb. paylaşılması~~ının~~ veya halka açık olarak gösterilmesi~~inin~~ belirli bir dijital platforma çocuğun ücretli kayıt olması~~ının~~ vb. durumlarda rızanın ne gibi dezavantajları olabileceğini incelemekle yükümlüdürler⁶⁸. Bu tarz durumlarda bir çocuk tarafından gerçekleştirilen hukuki işlem

⁶⁴ Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, *Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018, N. 321, 341; Helvacı, s. 86, 88. Yasak işlemlerin kapsamının dışında çocuğun korunması hususunda yetkisiz temsil hükümlerine başvurulabileceği yönünde örneğin Bkz. Özcan Büyüktanır, s. 54. Yetkisiz temsilin haricinde TMK'daki kayımlığa ilişkin hükümleri geniş bir uygulamasıyla velilerin keyifliğinin önüne geçilebileceği hakkında Bkz. Serozan, N. 135.

⁶⁵ Dural/ Ögüz, N. 444 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 304; Serozan, N. 122, 141; Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 196 vd.

⁶⁶ Krş. Veit, BGB § 1646, N. 4.

⁶⁷ Helvacı, s. 81 vd.; Akıntürk/ Ateş, s. 328 vd.; Dural/ Ögüz, N. 433 vd.

⁶⁸ Specht-Riemenschneider, s. 591.

veya hukuki işlem benzerlerine izin veya onay vermek⁶⁹ de aile bakım yükümlülüğü altında değerlendirilmektedir⁷⁰

Ancak veliler temsil yetkisini ve geniş anlamda bu kapsamda görülebilecek çocuğun yapmış olduğu işlemlere rızayı TMK m. 342'de vurgulandığı üzere “*velâyetleri çerçevesinde*” ve bu anlamda ancak çocuğun menfaatini ve velayetin temel fonksiyonu olan çocuğa bağımsız kişilik kazandırma amacını gözetecek şekilde kullanmalıdırlar⁷¹. Velilerin çocuğun işlemine ilişkin onay vermesinin sınırlarını çocuğun menfaatinin korunması, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ve katılım ilkesi, ölçülülük ilkesi teşkil eder. Konumuz açısından velinin buradaki rızası dijital bakım yükümlülüğünün bir gereğidir. Velilerin kişisel kaprisle veya genel olarak haksız şekilde onay vermemeleri söz konusu esasları göz ardı edecek olup, duruma göre somut olayda velayet hakkının kötüye kullanımına ilişkin olarak MK m. 2 f. 2⁷² veya kayyım atanmasına (TMK m. 345, m. 361) üzerinden kayyım aracılığına veya vekaletsiz iş görme hükümlerine başvurulması mümkündür⁷³.

Dijital bakım yükümlülüğünün diğer bir unsuru olan gözetleme ve kontrol unsuruna da çocuğun farklı menfaatleri gözetilerek temkinli bir şekilde yaklaşılmalıdır. Aynı durum yasaklama unsuru için de geçerlidir. Yukarıda aktardığımız üzere dijital medya kullanımının önemli bir risk oluşturduğu günümüzde görülmektedir. Birtakım durumlarda dijital medya kullanımı çocuk üzerinde ağır psikolojik bozukluklara neden olabilecek olup, burada dijital bakım yükümlülüğünün kapsamının belirlenmesi önem taşır⁷⁴. Bu tür durumlarda veliler yönünden çocuğun üçüncü şahıslarla ilişkilerine eşlik etme ve çocuğu üçüncü şahısların zararlı

⁶⁹ Bu incelemenin konusuna girmemekle birlikte burada sorulabilecek sorular arasında bakım yükümlüsü (yetkilisi) çocuğun resimlerinin hazırlanması, yayılması ve kamuya göstermesi konusunda; çocuk kendi başına resimleri üzerinde tasarruf edilmesini onaylayabilir mi, yoksa bakım yükümlüsünün de buna ek olarak onaylama gerekir mi (çifte yetki) veya hatta tek başına onaylaması (temsil) yeterli midir? vb. yer alır. Söz konusu sorular çocuğun diğer şahıs varlığına dahil olan değerlerinin kullanımı için de geçerlidir, örneğin çocuğun sesi veya çocuğa ilişkin diğer kişisel veriler gibi. Bu konuda örneğin Bkz. Specht-Riemenschneider, s. 547 vd., 574.

⁷⁰ Barbara Veit, BGB § 1629, N. 4.

⁷¹ Krş. Serozan, § 5 N. 100, 102, 123, 129; Özcan Büyüktanır, s. 53 vd.

⁷² Antalya, O. Gökhan/ Topuz, Murat. *Marmara hukuk yorumu. Cilt I: Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021, s. 504 vd.

⁷³ Serozan, N. 135.

⁷⁴ Herberger, 2020, s. 446 vd.

etkilerinden uzak tutma hakkı ve aynı zamanda yükümlülüğü doğar⁷⁵. Burada çocuğun çevresini belirleme imkânı sadece analog dünyadaki doğrudan temaslarla sınırlı olmayıp, üçüncü kişilerle olan dijital temasları da içerir. Bu anlamda veliler dijital bakım yükümlülüğü çerçevesinde çocuğun üçüncü kişilerle olan ilişki ve iletişimlerine yasaklar getirebilirler⁷⁶. Ancak bu durum anne babaların çocuklarını yaşları ne olursa olsun ve sınırsız olarak dijital ortamda sürekli izlemelerine ve dijital medyanın kullanımını sınırsız şekilde kontrol edebilmelerine yol açmamalıdır. Aşağıdaki ayrı başlıkta aktaracağımız örneklerde farklı bağlamlarda gözetleme ve kontrol unsuru ile yasaklama unsuruna ilişkin bazı değerlendirmelerimizi paylaşacağız.

Nihayet dijital bakım yükümlülüğü kapsamında eğitim (kendini geliştirme/eğitme) unsurunu (*'Fortbildungselement'*) zikredebiliriz. Söz konusu unsur doğrudan ebeveynlere yöneliktir. Dijital bakım yükümlülüğünün yürütümü çocuğun bağımsız bir kişiliğe dönüşmesini desteklemek üzere ebeveynlerin en azından çocuğa dijital medya kullanımının temellerini öğretebilmelerini ve onları danışman olarak destekleyebilmelerini gerektirir. Bu yükümlülük de beklenebilirlik ölçütü ile sınırlıdır. Ebeveynlerin teknik uzman olarak hazır bulunmaları beklenemese de, dijital medyayı kullanırken en azından çocuğun temel ihtiyaçlarının karşılanması mümkün olmalıdır⁷⁷. Ancak belirtebiliriz ki yetişkinlerin kendilerinin uygun medya becerilerine sahip olmaması, onları çocukla ilgili mevcut yükümlülüklerden kurtarmayacaktır⁷⁸.

Yukarıda aktardığımız yükümlülükler aykırılık halinde, şayet çocuğun menfaati için somut bir tehlike söz konusuysa aile mahkemesi çocuğu korumak için orantılı ve makul önlemler alabilir⁷⁹. Böyle bir durumda çocuğun korunmasına yönelik yalın

⁷⁵ Döll, *Erman Handkommentar*, N. 19; Huber, BGB §1632, N. 66.

⁷⁶ Krş. Döll, *Erman Handkommentar*, N. 28.

⁷⁷ Specht-Riemenschneider, s. 593. Yazar Almanya'da WhatsApp kararına işaret etmektedir. Burada mahkeme, gözüne alınan kişinin medya eğitimi almasını zorunlu hale getirmiştir. Ancak yazara göre bu zorunluluğun nereye kadar gidebileceği tereddüt uyandırmakta ve uygulanabilir değildir (s. 593).

⁷⁸ Götz, 2017, s. 1726.

⁷⁹ Öztan, 2015, s. 1138 vd.; Götz, 2017, s. 1728; Alman Federal Mahkemesi'nin çeşitli kararlarına işaret edilerek tehlikenin varlığının kabulüne ilişkin "müdahale olmaksızın,

(TMK m. 346) veya nitelikli önlemler (TMK m. 347 vd.) gündeme gelebilir. Çocuğun menfaatlerini somut bir şekilde tehlikeye atmadan aile mahkemesi tarafından alınan tedbirler velayet hakkına kabul edilemez bir müdahaleyi teşkil edecektir. Bu kapsamda alınacak uygun tedbirler arasında; dijital sosyal medya uygulamaları, siber güvenlik, çocuk yönünden kullanım ayarlarının uygun şekilde belirlenmesi vb. konularda velilerin karşılaştıkları sorunları çözebilmeleri için hakim onları bir bilim uzmanından yardım almaya veya bu konuda bir eğitime katılmaya zorlayabilir⁸⁰. Nitekim 5395 sayılı Çocuk Koruma Kanunu'nda (ÇK) koruyucu ve destekleyici tedbirler arasında m. 5 a)'da çocuğun bakımından sorumlu olan kimselere yönelik olarak (dijital ortamdaki faaliyetlere ilişkin olmak üzere) çocuk yetiştirmeyle ilgili konularda ve çocuklara yönelik olarak da (dijital sosyal medyayı da kapsayacak) eğitim ve gelişimleri ile ilgili olarak danışmanlık tedbiri öngörülmüştür.

Yine TMK m. 346 kapsamında alınabilecek tedbirler arasında düşük bir müdahale eşiği teşkil eden; uyarıda bulunma veya talimat verme veya velilerin hareketlerini kontrol etmek üzere bir denetçi atanması zikredilebilir⁸¹. Bu tedbirlerin de yetersiz kalması durumunda bir koruma tedbiri olarak velilere dijital bakım yükümlülüğünün yürütümünde yardımcı olmak üzere (her ne kadar TMK'da kayımlığa ilişkin hükümlerde açıkça belirtilmese de) çocuğun kişiliğini korumak ve veliler ile çocuğun eğitimi için mahkemenin bir (eğitim) kayyımı atayabileceği de belirtilmektedir⁸². Nitekim ÇK m. 7 f. 7'de de mahkemenin korunma ihtiyacı bulunan çocuk ile ilgili olarak, koruyucu ve destekleyici tedbir kararının yanında kayyım atanması konusunda da karar vermeye yetkili olduğu öngörülmüştür. Ancak ölçülülük ilkesine göre çocuğa yönelik olarak aşamalı bir şekilde belirlenecek velayete ilişkin önlemler arasında daha yumuşak tedbirlerin yetersiz kalması durumunda dijital medya kullanımının tamamen veya kısmen yasaklanması gibi diğer tedbirler gündeme gelebilir.

önemli bir hasarın makul bir kesinlikle öngörülebilmesi" ölçütü hakkında Bkz. Specht-Riemenschneider, s. 593.

⁸⁰ Krş. Öztan, 2021, s. 1142; Akyüz, s. 275.

⁸¹ Akyüz, s. 276 vd.; Öztan, 2021, s. 1142 vd.

⁸² Akyüz, s. 278 vd.; Öztan, 2015, s. 1145 vd.

IV. TMK ANLAMINDA “ÖNEMLİ BİR KONU” OLARAK ÇOCUĞUN DİJİTAL SOSYAL MEDYA KULLANIMI FAALİYETLERİ

Çocuk açısından “önemli bir konu” olabilmesi için çok sık karşılaşılmayabilecek ancak bir kere meydana geldiği zaman çocuğun gelişimi üzerinde önemli etkileri olan veya olabilecek ve bu etkilerin sonuçlarının (hiç veya) çok fazla çaba sarf edilmeden giderilemiyor olması gerekir⁸³. Bize göre çocuğun dijital bilgilerine üçüncü kişilerin yüksek erişim imkanları, bunların tamamen internetten silinememesi, kontrolsüz şekilde ve çok uzun zamana uzanacak şekilde yayılma⁸⁴ ve uzun süreli muhafaza edilebilme potansiyeli⁸⁵, dijital ortamda geçirilen vaktin farklı yaş grupları üzerindeki farklı etkileri vb. hususlar dikkate alındığında çocuğun dijital sosyal medya kullanımı faaliyetleri önemli bir konu olarak kabul edilebilir. Bu bağlamda konumuz yönünden ön plana çıkabilecek TMK m. 339 f. 3 ve TMK m. 195 f. 1 hükümlerinde geçen “önemli bir konu” şartının da kural olarak bu konuda sağlandığının ileri sürülebileceği düşüncesindeyiz.

Böylece çocuğun dijital ortamdaki faaliyetlerine ilişkin dijital bakımın yürütümünün TMK m. 339 f. 3 anlamında “önemli konu” olduğu kabul edilebilir ve onun düşüncesinin alınması gerektiği söylenebilir. Ancak aktardığımız üzere çocuğun görüşünün alınması ailenin sorumluluğunu ortadan kaldırmamakta olup, ailenin çocuğun da görüşünü dikkate alarak çocuğun menfaatlerini gözetecek en doğru kararı vermesi gereklidir.

⁸³ Hennemann, Heike. “§ 1687”. *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII*, 7. Baskı, Beck Verlag, München, 2017, s. 15; Leeb/ Starnecker, s. 98.

⁸⁴ Leeb/ Starnecker, s. 98. Yazarların Alman Hukuku bağlamında yapılacak bir incelemede Oldenburg Yüksek Bölge Mahkemesi'nin (yayılmaması (OLG Oldenburg NZFam 2018, 614 bespr. v. Engelmann)) kullanmış olduğu şu ölçütlerinde dikkate alınması önem taşıyacağına işaret etmektedirler: resimlere teorik olarak (üçüncü kişilerin) sınırsız erişimi, tatmin edici olmayan veri silme mekanizmaları ve bu resimlerin kontrolsüz bir şekilde yayılması (s. 98).

⁸⁵ KVKK'nın da özellikle kişilik hakları korumasının özel bir görünümü olan kişisel veri korumasına yönelik olarak esas aldığı bir ölçüt olan muhafaza süresi hakkında örneğin Bkz. Yine bu konuda Bkz. Herberger, 2020, s. 446. Yazara göre uygulamada, birçok ebeveynin internette fotoğraf yayınlamanın tehlikelerinden habersiz olduğu görülüyor. Bir kez yayınlanan fotoğraflar tek bir tıklama ile sosyal medyadan silinebilir. Ancak, fotoğrafın daha önce dağıtılmış olması mümkündür. Bu yayılma teknik olarak yakalanamıyor. Bu yüzden yazara göre bir çocuğun fotoğraflarının, videolarının vb. internette yayınlanması, düzenlenmesi çocuk için oldukça önemli olan bir konu olarak görülmelidir (s. 446).

Öte yandan velayet hakkına müştereken sahip olan anne babanın çocuklarının dijital sosyal medyadaki faaliyetlerine ilişkin yapılacak müdahaleler hususunda farklı görüşlere sahip olmaları mümkündür⁸⁶. Bu bağlamda evlilik birliğinde “önemli konuda” uyuşmazlığa düşülmesine ilişkin TMK m. 195 f. 1’in uygulanması gündeme gelebilir. Örneğin metaverse gibi sanal ortamdaki işlem ve paylaşımların bir yandan kişiler üzerindeki çok farklı yarar ve zararları tartışılırken⁸⁷, diğer yandan bu teknolojinin sağladığı imkanlar dikkate alınarak resmi mercilerin kamuoyu ile paylaşımlarında bunun eğitim sistemimizin içeriğine dahil edilmesi konuşulmaktadır⁸⁸. Bunun gibi dijital dünyadaki işlemlerin etkilerinin karmaşık olan tabiatı ve bunun özellikle çocuğun menfaatleri üzerindeki etkilerinin tespiti önem taşır. Tarafların anlaşamamak suretiyle çare bulamadıkları bu tarz bir olay TMK m. 346 anlamında çocuğun menfaatinin ve gelişmesinin tehlikeye düştüğü bir durum olarak kabul edilebilir. Bu ihtimalde aile mahkemesi söz konusu belirsizliğin çocuğun menfaatleri üzerindeki kalıcı etkisini tespit etmek ve bir velayet tedbiri olarak yardım almak üzere dijital alanda uzman kişileri de sürece dahil edebilecektir.

V. ÇOCUĞUN DİJİTAL SOSYAL MEDYA KULLANIMI FAALİYETLERİNE ODAKLANAN VELAYET HAKKININ KULLANIMI VE SINIRLARI

A. Ebeveyn Kontrolü (“parental control”) Uygulamaları/ Aygıtları

Çocukların günümüzde dijital dünyada WhatsApp gibi anlık mesajlaşmalar, çevrimiçi bilgisayar oyunları, film veya müzik dosyalarının dinlenmesi veya izlenmesi veya bunların kendi sistemlerine yüklenmesi/ indirilmesi vb. çok çeşitli faaliyetlerde bulunmaktadırlar. Ancak velilerin müdahalede bulunabilmesi için,

⁸⁶Krş. Herberger, Maria, “Veröffentlichung von Kinderfotos zu kommerziellen Zwecken gegen den Willen eines Elternteils”, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, S. 24, 2021, s. 1088-1091, s. 1088; Leeb/ Starnecker, s. 97.

⁸⁷ Gizem (soyadı paylaşılmamış). *Yapılan Bir Metaverse Anketi İnsan Sağlığına Zararlarını Ortaya Çıkardı!*, Onedio, 31.01.2022, <https://onedio.com/haber/yapilan-bir-metaverse-anketi-insan-sagligina-zararlarini-ortaya-cikardi-1040592>, (Erişim Tarihi: 25.04.2022 tarihinde ziyaret edilmiştir).

⁸⁸ Çelik, Burak. *Milli Eğitim Bakanı Mahmut Özer duyurdu: Eğitimde metaverse dönemi geliyor*, Sabah 25.03.2022, <https://www.sabah.com.tr/gundem/2022/03/25/milli-egitim-bakani-mahmut-ozer-duyurdu-egitimde-metaverse-donemi-geliyor>, (Erişim Tarihi: 25.04.2022).

öncelikle çocuğun iletişim geçmişinden haberdar olmaları gerekir⁸⁹. Buradan elde edilen bilgilerle veliler dijital bakım yükümlülüğü çerçevesinde çocuğun üçüncü kişilerle olan ilişki ve iletişimlerine yasaklar da getirebilirler⁹⁰.

Bu bağlamda velilerin de velayet hakkının yürütümünde, çocuğun kendi dijital sosyal medya kullanımına odaklanan müdahalelerinden biri olan ebeveyn kontrolü (“parental control”) uygulamaları veya aygıtları gibi teknik yönden desteklenmiş şekilde çocuğun durumunun kontrol edilmesi zikredilebilir. Bu tür aygıt ve uygulamalara örnek olarak konum bildirme yazılımları, takip aygıtları ve uygulamaları, tarayıcı geçmişi kontrolü sürücülerini (“*BrowsersVerlaufs Kontrolle*”), bir takım internet sitelerine giriş engelleyicileri vb. sayılabilir⁹¹. Bunlar arasında çocukların oyuncakları arasında saklı şekilde bulunan farklı teknikler zikredilebilir. Bu bağlamda 2017 yılında Almanya’da tartışma konusu yapılan ve Alman Telekomünikasyon Kanunu’na göre bir casus yayın istasyonu olarak yasaklanan ve hatta bulundurulması, üretimi, satışı ve ithalatı cezai yaptırıma tabi olan “My friend Cayla” örnek olarak verilebilir⁹². Bluetooth bağlantısı üzerinden bir akıllı cep telefonuna bağlanan ve buraya önceden yüklenmiş olan uygulama ile çalışan bu oyuncak ile çocuklar sohbet edebilmekte, buna birçok farklı konularda sorular sorabilmekte, birlikte fotoğraf albümlerini inceleyebilmektedirler. Cep telefonu üzerinden bu bebeğin gerek mikrofonuna gerekse hoparlörüne erişim sağlanabilmektedir. Bu tarz bir oyuncak ile etkileşiminde öncelikle çocuğun kendi faaliyetlerine ve (söz konusu aygıtla olan) paylaşımlarına karşı korunması önem taşır⁹³. Bunun yanında özellikle yetkisiz bir üçüncü kişinin erişimi çocuğun menfaatleri yönünden bir tehlike teşkil etmektedir⁹⁴. Ancak konumuz

⁸⁹ Leeb/ Starnecker, s. 98.

⁹⁰ Veit, BGB § 1626, N. 14.

⁹¹ Leeb/ Starnecker, s. 98 vd.

⁹² Bu örnek üzerine daha yakından değerlendirme için Bkz. Herberger, 2020, s. 442. Bu konuda Federal ağ ajansının (“*Bundesnetzagentur*”) kamuoyu duyurusu, 17. 02. 2017 için Bkz. https://www.bundesnetzagentur.de/SharedDocs/Pressemitteilungen/DE/2017/14012017_cayla.html?nn=265778.

⁹³ Herberger, 2020, s. 442.

⁹⁴ Huber, BGB § 1631, N. 6; Herberger, 2020, s. 443.

yönünden bu aygıtların bir kişinin çocuklarını gizlice izlemek için de kullanılması mümkündür.

Aktarmış olduğumuz örnekteki gibi çocuğun arkadaşları ile görüşmelerinin bu şekilde kayıt altına alınması dijital bakım yükümlülüğünün gereği gibi yürütümü yönünden ve çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi esası bağlamında problem teşkil eder.

Bir çocuğun kişiye ilişkin haklardan olan kişilik hakkı herkese karşı etkilidir (mutlak hak) ve zamanaşımına uğramaz, hak düşürücü süreye tabi değildir⁹⁵. Kişiyeye sıkı sıkıya bağlı olan kişilik hakkından vazgeçilmesi, bunun devredilmesi ve (kanundaki istisnalar saklı kalmak ve baskın görüş tarafından kabul edilen ölünün hatırasının korunması görüşü benimsenmek üzere) mirasçılara geçmez⁹⁶. Kişilik hakkı Anayasa'da Temel Hak ve Hürriyetler başlığı altında AY m. 12 -74 arasında bulunan ve yatay etkiye de⁹⁷ sahip olan hükümlerle korunmuştur. Yine hukuki işlemlere karşı koruma öngören TMK m. 23 ve (kişinin rızası dışında tecavüzlere) haksız fiillere karşı koruma öngören TMK m. 24⁹⁸ (ve yine Türk Borçlar Kanunu'nda TBK m. 58) genel nitelikte hükümler olup, kişilik hakkının kapsamına giren hususlar burada belirtilmemiştir. Bu anlamda kişilik hakkının kapsamı sınırlı sayı ilkesine tabi olmayıp, (doğrudan veya dolaylı kişiliği koruyan) özel kanunların yanında⁹⁹ farklı şahıs varlığı değerlerine ilişkin uygulama örnekleri tarafından şekillenen bir çerçeve hak ve açık bir olgu olarak tasarlanmıştır¹⁰⁰. Bu şekilde de kişilik hakkı genel olarak kişilik

⁹⁵ Akıntürk, Turgut/ Akipek, G. Jale/ Ateş, Derya. *Türk medeni hukuku Başlangıç hükümleri Kişiler hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021, s. 259 vd., 261.

⁹⁶ Akıntürk/ Akipek/ Ateş, s. 349; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 571 vd.

⁹⁷ AY m. 11 f. 1: "Anayasa hükümleri, yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını ve diğer kuruluş ve kişileri bağlayan temel hukuk kurallardır." Ancak öğretide de bu etkinin ve somut uyumsuzlukta uygulamanın doğrudan mı, yoksa dolaylı mı olacağı tartışmalıdır. Bu konuda örneğin Bkz. Antalya/Topuz, s. 367 vd.; Dural/ Ögüz, N. 511 vd.; Öztan, 2021, s. 263 vd.

⁹⁸ Dural/ Ögüz, N. 721; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 636. Terminolojik olarak TMK m. 23 ve 24'e ilişkin olarak; içe karşı (iç koruma ve dışa karşı (dış) koruma şeklindeki ayırım için örneğin Bkz. Akıntürk/ Akipek/ Ateş, s. 356 vd.

⁹⁹ Bu konuda örneğin ad üzerindeki hak (TMK m. 26 vd.), Nişanın bozulmasında manevi tazminat (TMK m. 121), ölüm ve bedensel zararda manevi tazminat (TBK m. 56) Eser sahibinin manevi hakları FİSEK m. 14 vd. vb. zikredilebilir.

¹⁰⁰ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 576; Antalya/Topuz, N. 662.

hakkının içeriği yeni sosyal, ekonomik ve teknolojik gelişmelere tepki verebilmeyi sağlayacak şekilde şekillenebilmektedir¹⁰¹.

Bir çocuğun çeşitli sosyal medya uygulamalarında yer alan dijital ortamdaki paylaşımlarında çeşitli kişilik değerleri etkilenir. Konumuz açısından çocuğun dijital sosyal medya kullanımı ve bu ortamdaki paylaşımları, üçüncü kişilerle ilişkileri özellikle onun sosyal kişilik değerlerini etkileyebilir. Bunlar arasında örneğin TMK'da açıkça düzenlenmemekle birlikte, kişilik değerlerine dahil olduğu kabul edilen, kişinin dış dünyaya yansıyan fotoğraf, video, karikatür vb. her türlü görünüm şeklini ifade eden resim üzerindeki kişilik hakkı zikredilebilir¹⁰². Örneğin bir kişinin kendi Facebook veya Instagram hesabında izinsiz bir şekilde çocuğun resminin paylaşılması, çocuğun bunun üzerindeki kişilik haklarını zedeler¹⁰³.

Bunun yanında çocuğun dijital ortamdaki faaliyetlerinden etkilenen sosyal kişilik değerleri arasında özellikle; çocuğun diğerlerini dışlayarak sahip olduğu ve kendi bireyselliklerini geliştirebilecekleri kendi yaşamlarının özerk alanı (baskın görüş ve uygulama tarafından kabul edilen üç alan teorisine göre çocuğun yakınları ile paylaştığı özel alanı ile sadece kendisine veya çok daha sınırlı sayıda yakını ile paylaştığı gizli alanı)¹⁰⁴ ile çocuğun düşünsel ve kişisel gelişiminin sağlanması zikredilebilir¹⁰⁵.

Bu konuda gündelik hayatta karşımıza çıkabilecek örnekleri çoğaltmak mümkündür. Bu bağlamda örneğin çocuğun internet sitesine veya bloguna yapılan saldırı onun sosyal kişilik değerleri arasında yer alan onur ve saygınlığına; elektronik posta adresine yapılan saldırı çocuğun şahıs varlığı değerleri arasında yer alan

¹⁰¹ Öztan, 2021, s. 226, 252 vd.; Akıntürk/ Akipek/ Ateş, s. 345 vd.

¹⁰² Bir kişinin kendi resmi üzerindeki hakkı fikir ve sanat eserleri kanununda özel olarak düzenlenmiş ve eser koşulu aranmadan koruma altına alınmıştır. Buna göre kişinin resimleri bu kişinin izni ile dağıtılabilir veya kamu önünde sergilenebilir (FİSEK m. 87). Gerçi fikir ve sanat eserleri Kanunu'nda izne ihtiyaç olmaksızın da paylaşımların yapılabileceği birtakım durumlar düzenlenmiştir (FİSEK m. 86 f. 1 ve m. 19 f. 1) J. Bu konuda örneğin Bkz. Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021, s. 154 vd.; Öztan, 2021, s. 288 vd.; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 618 vd.; Dural/ Öğüz, N. 699 vd.; Telif hukuku boyutuyla dijital ortamda çocuk resimlerine ilişkin bazı değerlendirmeler için örneğin Bkz. Herberger, 2021, s. 1089 vd.

¹⁰³ Krş. Özcan Büyüktanır, s. 120, 210.

¹⁰⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 624 vd.; Dural/ Öğüz, N. 674 vd.; Helvacı, s. 123 vd.; Öztan, 2021, s. 281 vd.

¹⁰⁵ Özcan Büyüktanır, s. 142 vd., 210; Antalya, O. Gökhan. *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017, s. 53.

adına (TMK m. 26), buradaki elektronik postaların okunması özel veya gizli alanına; sürekli istenmeyen elektronik posta (“spam”) özel alanına yöneltmiş bir saldırı olarak kabul edilebilecektir¹⁰⁶.

Velilerin yetkileri, en azından çocuğun menfaatine yönelik somut ve mevcut bir tehdidin yokluğunda, iletişim içeriğinin izlenmesini içermemelidir¹⁰⁷. Aktardığımız üzere çocuğun kişilik hakları, onun özel alanının çekirdeğini teşkil eden içsel düşünce ve duygu dünyasına çok yoğun bir şekilde koruma sağlar. Yine çocuğun gizli alanına dahil dijital günlük kayıtlar veya özel alanına dahil iletişim içerikleri de bir çocuğun içsel düşünce ve duygu dünyasını yansıtır. Bu nedenle çocuğun iletişim içeriği iletişim meta verilerine (üst veri, veri özeti) kıyasla medeni hukukta üçüncü şahısların erişimine karşı daha iyi korunmalıdır¹⁰⁸.

Öğretide ebeveynlerin çocuklarının iletişim içeriklerini genel ve koşulsuz bir şekilde izlemelerine izin verilmemesi gerektiği, aksi bir kabulün çocuğun kişilik haklarını ihlal edeceği ve bu anlamda onun menfaatlerini de tehlikeye atacağına haklı olarak işaret edilmektedir¹⁰⁹. Buna karşılık öğretideki başka bir görüş yukarıdaki tespitleri eleştirmekte ve çocuklarının dijital iletişim içeriklerini kontrol ve müdahalenin çitasının yüksek tutulmasının velilerin müdahalesinin çok geç gelmesine ve bunun da çocukların manevi yönden ciddi zarara uğrama riskini beraberinde getireceğine dikkat çekmektedir¹¹⁰.

Velayet hakkı çocuğun menfaatinin korunmasına hizmet eder. Veliler çocuğun bakım yükümlülüğünü yerine getirirken onun menfaatini göz önünde tutarak gerekli kararları alır ve uygularlar (TMK m. 339 f. 1). Özellikle çocuğun dijital sosyal medya kullanımlarında onun kişilik değerlerine dahil olan çocuğun onur ve saygınlığı ile özel veya gizli alanı ciddi bir tehdit altındadır. Özellikle çocuğun dijital ortamdaki izlerinin kısa zamanda çok hızlı, geniş bir çevreye yayılabilmesi ve silinememesi bu riski çok daha arttırmaktadır. Diğer yandan çocuğun görüşlerinin dikkate

¹⁰⁶ Krş. Özcan Büyüktanır, s. 145, 120, 210, 211 vd., 214; Helvacı, s. 134.

¹⁰⁷ Specht-Riemenschneider, s. 589.

¹⁰⁸ Specht-Riemenschneider, s. 589.

¹⁰⁹ Rake, s. 1717; Herberger, 2020, s. 447; Döll, Yves. “Schutz vor Sexting – Aber wie?”, *FamRZ*, S.21,2017, s. 1728- 1730, s. 1730.

¹¹⁰ Döll, “Schutz vor Sexting”, s. 1730.

alınması ilkesinin de çocuk hukukunun ana ilkesi olarak kabul edebileceğimiz çocuk menfaatinin korunması esastan türediğini yukarıda aktarmıştık. Bu ilke çocuğun sağlıklı bir şekilde kişiliğinin oluşmasına ve toplumda sorumluluk sahibi bir birey olabilmesine hizmet eden alt bir ilkedir. Ailenin çocuğun çevresine ilişkin olarak genel, gerekçesiz, aşırı kapsayıcı ve herhangi bir şarta tabi olmayacak şekilde çocuğun iletişimlerini kontrol altında tutması dijital bakım yükümlülüğünün sınırlarını aşacaktır¹¹¹. Son soyutlamada velayet hakkının dijital bakım yükümlülüğü şeklindeki görünümünün sınırlarını belirleme çocuğun farklı menfaatleri arasında makul bir denge kurmayı gerektirmektedir¹¹². Bize göre velilerin çocuklarının iletişim içeriklerini genel ve koşulsuz bir şekilde izlemelerine herhangi bir inceleme yapmadan izin verilmesi veya tam tersi izin verilmemesi yerinde olmayan bir yaklaşımdır¹¹³. Dolayısıyla çocuğa yapılacak olan müdahalenin seviyesi genelleme yapmaya uygun değildir¹¹⁴. Somut olayda ancak çeşitli olgular dikkate alınarak ve ölçülülük ilkesi gözetilerek sağlıklı ve tutarlı bir şekilde belirlenebilecektir.

B. Ebeveyn Kontrolü Uygulamaları/ Aygıtlarına İlişkin Değerlendirmede Dikkate Alınabilecek Bazı Olgu ve Ölçütler

Ebeveyn kontrollerinin çocuklar dışında üçüncü kişilerin de kişilik hakkını etkileyebilmesi mümkündür. Ebeveynler çocukların iletişim içeriğine baktıklarında aynı zamanda çocuğun iletişim partnerinin de kişilik hakları bu müdahaleden etkilenir¹¹⁵. Ancak bu durumda da çocuğun kendisi aleyhine açılacak davalar söz konusu olabileceği için bundan malvarlığı menfaatleri de etkilenmektedir. O yüzden diğer hususların yanında (dijital bakım yükümlülüğünün koruma unsuru altında da aktardığımız) söz konusu durumun değerlendirilmede dikkate alınması gerektiğini söyleyebiliriz.

Bu konuda bir ölçüt olarak; TMK'da geçen "*menfaatin tehlikeye düşmesi*" (TMK m. 346) veya müdahale çıtasını daha yüksek tutan

¹¹¹ Herberger, 2020, s. 447.

¹¹² Özcan Büyüktanır, s. 149.

¹¹³Krş. Rake, s. 1720; Döll, "Schutz vor Sexting", s. 1730; Brauchli, s. 115 vd.; Elçin Grassinger, 2017, s. 2.

¹¹⁴ Leeb/ Starnecker, s. 99.

¹¹⁵ Leeb/ Starnecker, s. 98; Specht-Riemenschneider, s. 585.

bir görüşe göre “*menfaatin ciddi şekilde tehlikeye düşmesi*” veya “*suç şüphesi*” gibi ölçütlere¹¹⁶ başvurulabilir. Örneğin somut olayda çocuğun kendi onur ve saygınlığını gelecekte ciddi şekilde zedeleme riski olabilecek fotoğraflarını internette paylaşmasına velilerin izin vermemesi çocuğun özel alanına müdahale olarak değerlendirilmeyebilir¹¹⁷.

Bunun yanında bir ölçüt olarak ev düzenine ve ev başkanının hukuki sorumluluğuna ilişkin gözetim yükümlülüğü bağlamında öğreti ve uygulamada benimsenen tespitlerden burada da faydalanılabilir. Yukarıda aktardığımız üzere TMK m. 369 f. 1’de ev başkanının sorumluluktan kurtulabilmesine yönelik “*alışılmış durum ve koşulların gerektirdiği dikkat (özen)*” ölçütüdür. TMK m. 369 f. 1’de söz konusu ölçüt ev başkanının küçüğü (ve hükümde sayılanları) “*gözetim*” altında bulundurma durumu ile ilişkilendirilmiştir. Bu anlamda biz de söz konusu ölçütten gözetleme ve kontrol unsurunun (‘*Überwachungs- und Kontrollelement*’) kapsamını somutlaştırmada yararlanabiliriz. Alışılmış durum ve koşulların gerektirdiği özen objektif bir özen olup, somut olayın tüm özellikleri, örneğin yaşanan çevre, tarafların eğitim durumları, somut tehlike durumu vb. dikkate alınarak somutlaştırılmalıdır¹¹⁸. Yargıtay, İsviçre ve Alman mahkemeleri uygulamasındaki kararlarda somut olaya göre bazıları bazen ayrı ayrı, bazen birlikte zikredilen ölçütler arasında; “*açık alan*” ölçütü, “*(gerekli) tedbir*” ölçütü, “*ikaz/ uyarma*” ölçütü, “*herkes tarafından bilinme*” ölçütü, “*öngörülebilirlik*” ölçütü sayılabilir¹¹⁹.

Alman Hukuku içtihatlarında, örneğin eğer çocuğa önceden talimat verilmişse ve onunla birlikte evin dışında tek başına oynaması için pratik yapmışsa analog alanda sadece ara sıra (ancak uzun süreli değil) küçük ölçekli gözlemlerin gerekli olduğu¹²⁰; haklı olarak

¹¹⁶ Döll, “Schutz vor Sexting”, s. 1729.

¹¹⁷ Özcan Büyüktanır, s. 145 Buna karşılık yazara göre şayet çocuk kamuya mal olmuş ise (örneğin internette yaptığı paylaşımlarla ve hesabındaki üye sayısı ile) kamu tarafından tanınan bir kişi olarak kabul edilebiliyorsa - yetişkinler kadar olmasa bile-özel alanının daha dar ve kamusal alanın daha geniş olarak belirlenmesi gündeme gelebilecektir (s. 152 vd.).

¹¹⁸ Dural/ Öğüz/ Gümüş, N. 1853 vd.; Öztan, 2015, s. 1231 vd.; Eren, N. 2029 vd.; Kılıçoğlu, 2022, s. 538.

¹¹⁹ Herberger, 2020, s. 447; Dural/ Öğüz/ Gümüş, N. 1857 vd.

¹²⁰ LG Wuppertal, Urt. v. 07.11.2013 ± 17 O 169/12, BeckRS 2014, 19221.

somut bir dayanak olmadan okul çağındaki çocuklarda düzenli olarak çocuğu gözetlemenin gerekli olmadığı¹²¹ şeklinde kararlara rastlanmaktadır. İsviçre Federal mahkemesi içtihatlarında ise talimat verme ve uyarma ölçütleri ön plana çıkmakta, somut olayda gerekli tedbirlerin beklenebilirlik ölçütü dahilinde alınması gerektiğine işaret edilmekte, bununla birlikte gerekli özenin sürekli gözetim anlamına gelmediği de haklı olarak vurgulanmaktadır¹²². Yargıtay'ın ise bazı kararları bu doğrultuda olmakla birlikte¹²³, diğer bazı kararlarında önceden öngörülmesi mümkün olmayan durumlarda¹²⁴ veya sürekli gözetim olmadığı gerekçesiyle¹²⁵ ev başkanının sorumluluğuna dahil edildiği görülmektedir.

Bize göre çocuğun dijital sosyal medya uygulamalarını kullanımının gözetiminin sürekli olması aranmamalı, burada yukarıda aktarılan bazı kararlarda da vurgulanan beklenebilirlik ölçütü yeterli kabul edilmelidir. Sürekli ve ayrıntılı denetim, çocuğun kişiliğinin sağlıklı gelişiminin önünde bir engeldir ve denetimden sorumlu taraf için tahammül edilemez bir durumdur¹²⁶. Bu konuda uygun olan (çocuğun şahıs varlığı değerlerini ölçsüz bir şekilde ihlal etmeyen) bir ebeveyn kontrol uygulaması veya aygıtı yeterli görülmelidir. Nitekim ev düzeni ve gözetim başlıklı TMK m. 368'de ev düzeninin kuruluşunda (ev halkının ve bu kapsamda) çocuğun yararının (menfaatinin) adil bir şekilde gözetileceği (TMK m. 368 f. 1) belirtildikten sonra: "Ev halkının her biri, özellikle öğrenimi, eğitimi, dinî inançları, meslek ve sanatı için gerekli özgürlükten yararlanır" (TMK m. 368 f. 2) şeklinde ifade edilmiştir. Söz konusu maddede "özellikle" ibaresi ile görüldüğü üzere sınırlayıcı bir sayım yapılmamış olup, bunların

¹²¹ OLG Düsseldorf, Urt. v. 14.12.1995 ± 18 U 91/95, NJW-RR 1996, 671.

¹²² "BGB 66 II 72; BGE 43 II 147; BGE 57 II 563; BGE 49 II 343; BGE 57 II 128", Dural/ Ögüz/ Gümüş, N.1858 vd.'dan naklen aktarıldı.

¹²³ Küçük çocukların sürekli gözetim altında bulundurulmasının veya okula bir refakatçi nezaretinde gitmeleri konusunda bir kural bulunmadığı belirtilerek somut olayda altı yaşındaki bir çocuğun köyde başka bir çocuğa verdiği zarardan ev başkanının sorumlu olmayacağı yönünde Bkz. Yargıtay, Hukuk Genel Kurulu, 19.03. 1958, 16/15 (Dural/ Ögüz/ Gümüş, N. 1862).

¹²⁴ Öztan, 2015, s. 1232; Dural/ Ögüz/ Gümüş, N. 1862.

¹²⁵ Yargıtay 4. hukuk Dairesi, 18.09.2003, E. 2003/4678, K. 2003/10280; Yargıtay 4. Hukuk Dairesi, 9. 12. 2003, E.2003/4661, K.2003/10280 (Kılıçoğlu, 2022, s. 536, dp. 550); Dural/ Ögüz/ Gümüş, N. 1860.

¹²⁶ Specht-Riemenschneider, s. 587.

yanında çocuğun düşünce, ifade ve haberleşme özgürlüğü¹²⁷ ve bu kapsamda çocuğun sosyal ve manevi kişilik değerleri arasında yer alan dijital ortamdaki çeşitli faaliyetlerinin gözetimin yoğunluğunda dikkate alınması gerekir. Alman Federal Mahkemesi de internette yasa dışı dosya paylaşımına ilişkin bir kararında velilerin yalnızca normal gelişim gösteren çocukları internet dosya paylaşımına katılmanın yasa dışılığı hakkında bilgilendirmeleri ve çocuğun katılımını yasaklamamaları durumunda sorumlu olduğuna işaret etmiştir¹²⁸. Ancak söz konusu kararda velilerin çocuğun internet erişimini kısmen engellemek, çocuğun internet kullanımını (kanuna aykırılığa ilişkin somut bir gösterge yoksa) sürekli olarak izlemek veya çocuğun bilgisayarını düzenli aralıklarla kontrol etmek zorunda olmadığına işaret etmiştir¹²⁹.

Ayrıca burada dikkate alınabilecek hususlar arasında; çocuğun yaşadığı çevre, çocuğun eğitim durumu, somut tehlike durumu, çocuğun karakteri, yaşı, zararın öngörülebilir olup olmadığı, somut olayda kullanılan dijital sosyal medya uygulaması ve donanımsal olarak bunun içinde bulunduğu araç, somut olayda çocukla paylaşılmış olan talimatlar ve uyarılar, somut olayda gözetim/denetim yapılıp yapılmadığı ve bunun yapılmasının beklenebilirliği, ilgili dijital sosyal medya uygulamasına ilişkin kullanılan denetim aracı vb. zikredilebilir¹³⁰. Örneğin veliler dijital bakım yükümlülüğünün yürütümü kapsamında; çocuklarını dijital sosyal medya kullanımı ve dijital ortamdaki hukuka aykırı uygulama ve riskler konusunda bir eğitime göndermişse, söz konusu hususlarda çocukların farkındalığını arttıracak şekilde sürekli uyarılar yapmaktaysalar, bu konuda çocukların odalarına anlayabilecekleri ve görebilecekleri şekilde uyarıcı yazılar asmışlarsa gerekli özeni göstermiş sayılabilir. Bununla birlikte örneğin somut olayda arka planda çocuğun daha önceki bazı hukuka aykırı davranışlar sergilediği bir dijital sosyal medya geçmişi varsa veya tercih edilen ve kullanılan ebeveyn kontrol uygulamaları ve aygıtlarından birtakım hukuka aykırı davranışlara

¹²⁷ Kılıçoğlu, 2022, s. 534; Dural/ Öğüz/ Gümüş, N. 1836.

¹²⁸ Herberger, 2020, s. 447 vd.

¹²⁹ Herberger, 2020, s. 447 vd.

¹³⁰ Krş. Eren, N. 2030; Kılıçoğlu, 2022, s. 538; Öztan, 2015, s. 1231.

işaret eden geri dönüşler alındıysa somut olayda daha sıkı bir gözetim yükümlülüğünün yürütümü velilerden beklenebilir.

Yapılacak değerlendirmede dikkate alınabilecek hususlardan bir başkası da özellikle sınırlı ehliyetsiz küçüğün ehliyetinin genişlediği kabul edilen durumlardır¹³¹. Bu kapsamda bir meslek veya sanatla uğraşmasına izin verilen çocuklar ve anne ile babanın çocuğa bıraktığı mallar, (aile dışında yaşayan) çocuğun kazandığı mallar, başkasının sadece çocukların kullanımına özgülediği mallar (çocuğun serbest malları)¹³² zikredilebilir. Çocuğun dijital ortamdaki faaliyetleri bu kapsamda değerlendirildiğinde; velilerin çocukların serbest mallarının sermaye ve gelirini ancak kanunda öngörülen (TMK m. 327 f. 2, TMK m. 355 ve 356) sınırlı durumlar dahilinde (çocuk eğitimi, bakımı veya çocuğun veya ailenin ihtiyaçları için) harcayabileceklerine işaret edebiliriz¹³³. Bununla birlikte ehliyetin genişlediği bu tarz durumlarda da ailenin sorumluluğu ortadan kalkmayıp, çocuğun verdiği kararın anlam ve risklerini dikkate almaları gerekir¹³⁴. Nitekim TMK m. 352 f. 1'de velilerin çocuğun mallarını sadece yönetme hakkına değil, aynı zamanda bununla yükümlü olduklarına işaret edilmiştir.

Çocuğun bağımsız karar verme yetkisi veya gerçek anlamda bir söz söyleme hakkı, somut olayın koşullarına göre çocuk ergin olmadan önce de gündeme gelebilir. Hatta çocuğun şahıs varlığı ile alakalı konularda onun görüşünü almakla yetinmeyip, olurunun alınması (bu konuda onunla iş birliğine varılması) uygun görülebilir¹³⁵. Çocuğun bu yetkisi kişilik hakları ile ilgili kararların yanı sıra malvarlığı hakları ile ilgili kararlara ilişkin de söz konusu olabilir. Somut olayda telif hakkı ve kişisel veri koruma hukuku gibi alanlarda çocuklara çok geniş bir özerklik verebilir veya çocuğun özerklikleri yasal temsilcinin rızasına bağlanabilir¹³⁶. Bu bakımdan (çocuğun somut olayda menfaatine aykırı durumlar saklı kalmak üzere) yaştan bağımsız olarak topyekûn bir şekilde internet kullanımına, dijital uygulama veya buna erişim sağlayan aygıtlara

¹³¹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, N. 334 vd.; Helvacı, s. 88.

¹³² Akantürk/ Akipek/ Ateş, s. 326; Dural/ Öğüz, N. 487 vd.

¹³³ Albayrak, Süleyman "Çocuğun Serbest Malları", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, N. 26, C. 2, 2018, s. 443- 471, s. 451 vd.

¹³⁴ Huber, BGB § 1626, N. 29; Specht-Riemenschneider, s. 587.

¹³⁵ Serozan, § 5 N. 116. Yine krş. Specht-Riemenschneider, s. 577 vd.

¹³⁶ Specht-Riemenschneider, s. 587; Huber, BGB § 1626, N. 30.

genel bir yasak getirilmemelidir. Çocuğun kendisine bağımsız kullanım için internet özellikli bir cihazın ne zaman verilir verilmeyeceği hususunda çocuğun bireysel anlama yeteneği, gelişim düzeyi dikkate alınarak karar verilmelidir.¹³⁷ Veliler veya kayyım söz konusu faaliyete yönelik olarak çocuğun görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olduğu kabul edebiliyorlarsa, onun görüşünü almakla yükümlüdürler (TMK m. 342 f. 3; TMK m. 450).

Çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesinin gözetilmesinde çocuğun artan yaşı dolaylı olarak onun faaliyetlerine müdahaleye ilişkin verilecek karara yönelik dijital bakım yükümlülüğüne bir sınır koymaktadır¹³⁸. Bu anlamda ebeveynlerin dijital bakım yükümlülüğünün içeriği ve kapsamı değişmez olmayıp, çocuk büyüdükçe ve kendi sorumluluğunu üstlenme ve öngörü yeteneği arttıkça daralır¹³⁹. Velayet sadece bir hak değil, aynı zamanda bir yükümlülük olup, çocuğu kendinden sorumlu ve sosyal olarak yetkin bir kişilik haline getirmek için eğitmek hedefine yönelik olmalıdır¹⁴⁰. Ancak bu durum velilerin sorumluluğunu ortadan kaldırmamaktadır. Bu konuda daha fazla bilgi ve donanımına sahip olmaları beklenen velilerin çocuğun dijital faaliyetlerinin kendisi için taşıdığı riskleri dikkate almaları gerekir.

Yapılacak değerlendirmede çocuğun faaliyetlerinin niteliği de dikkate alınmalıdır. Çocuğun örneğin dijital içerik üretip, geniş kitlelere *Youtuber* olarak ve hatta onların davranışlarını değiştirebilen ve etkileyebilen kişi (*Influencer*) olarak faaliyet gösteriyor olabilmesi mümkündür¹⁴¹. Bu şekilde çocuğun paylaşım ve faaliyetleri ekonomik bir amaç güdüyorsa burada çocuğun malvarlığı menfaatlerinin korunması ilkesinin gözetilmesi özel bir önem taşır¹⁴². Ana ve baba, üçüncü kişilere karşı velâyetlerinin

¹³⁷ Götz, 2017, s. 1725; Herberger, 2020, s. 444.

¹³⁸ Krş. Leeb/ Starnecker, s. 98. Bir çocuğun en az ilgili sağlayıcı tarafından belirtilen (ve yasada izin verilen) asgari yaşa ulaştığında ilgili sosyal ağı kullanmasına izin verilmesi gerektiği yönünde Bkz. Rake, s. 1717, 1719.

¹³⁹ Veit, BGB § 1626, N. 13; Özcan Büyüktanır, s. 266; Serozan, § 5 N. 100.

¹⁴⁰ Serozan, § 5 N 100; Huber, BGB § 1631, N. 7; Veit, BGB § 1666, N. 4.

¹⁴¹ Herberger, 2020, s. 443. Bu konuda örneğin Bkz. Sezek, Fatma. *Blogger, Vlogger, Youtuber Ve Influencer Nedir?*, Kişisel Blog sayfası, 28.05.2020 (<https://fatmasezek.art.blog/2020/05/28/blogger-vlogger-youtuber-ve-influencer-nedir/>), (Erişim Tarihi: 02. 05.2022).

¹⁴² Leeb/ Starnecker, s. 98.

yürütümünde çocuklarının yasal temsilcisidirler (TMK m. 342 f. 1). Ancak velilerin yapacakları müdahale bir şekilde onların menfaati ile çocuğun menfaatlerinin çatışması olarak kabul edilebildiği takdirde bir kayyım atanması¹⁴³ ve hakimin onayının aranması söz konusu olabilir.

Öte yandan dijital ortamda çocuk çeşitli uygulamalarda üçüncü kişiler ile etkileşime girebilmektedir. Söz konusu görüşmelerde çocuk sosyalleşmekte, bir birey olarak kendini ifade etmektedir. Burada çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi gözetilmelidir. Bu anlamda çocuğun şahıs varlığına ilişkin değerleri etkileyebilen faaliyetlere yapılacak müdahalede ve bunun seviyesinin belirlenmesinde çocuk kişilik haklarının korunması özel bir önem taşır. Veliler veya kayyım söz konusu faaliyete yönelik olarak çocuğun görüşlerini oluşturma ve açıklama yeteneğine sahip olduğu kabul edebiliyorlarsa, onun görüşünü almakla yükümlüdürler (TMK m. 342 f. 3; TMK m. 450).

Son soyutlamada velayet hakkının dijital bakım yükümlülüğü şeklindeki görünümünün sınırlarını belirleme somut olayda ölçülülük ilkesi gözetilerek çocuğun farklı (ve bazen çatışabilen) menfaatleri arasında makul bir denge kurmayı gerektirmektedir. Buna göre bir taraftan ebeveyn kontrolü uygulamaları ve aygıtlarının kullanımında önemli olan, velilerin çocuklarını yaşlarına uygun ve teknik anlamda uygun tavsiyeler yoluyla üçüncü şahısların sanal saldırılarından koruyacak bir konuma getirmeleridir¹⁴⁴. Diğer taraftan da veliler çocuğun kişiliğine saygı ve katılım hakkı ilkeleri ile çocuğun kişilik haklarının korunması hususuna hassasiyetle yaklaşmalıdırlar¹⁴⁵. Bu anlamda veliler çocuklarının mahremiyetini ihlal etmeden en azından çocuklarının kamuya açık hale getirilen iletişim içeriklerini izleyebilmeleri veya ailelerin çocuğun rızasıyla internetteki ilgili ağa ve arkadaş çevresine dahil olarak bunları öğrenebilmeleri mümkündür¹⁴⁶. Öte yandan ebeveynlerin çocuklarının arkadaş listesine gizlice girmek için bir casus uygulaması kullanmaları uygun olmayacaktır. Bu tarz

¹⁴³ TMK m 345: “Çocuk ile ana veya baba arasında ya da ana ve babanın menfaatine olarak çocuk ile üçüncü kişi arasında yapılacak bir hukukî işlemle çocuğun borç altına girebilmesi, bir kayyımın katılmasına ve hâkimin onayına bağlıdır”.

¹⁴⁴ Krş. Döll, “Schutz vor Sexting”, s. 1730; Herberger, 2020, s. 447.

¹⁴⁵ Krş. Serozan, § 5 N. 114 vd.

¹⁴⁶ Rake, s. 1720; Herberger, 2020, s. 447.

bir güven ihlali, çocuğun kişilik haklarına kabul edilemez bir müdahale teşkil edeceği söylenebilir¹⁴⁷.Yine örneğin çocuğun odasındaki bir oyuncak bebek vasıtasıyla çocuğun arkadaşları ile görüşmelerinin bu şekilde kayıt altına alınması dijital bakım yükümlülüğünün gereği gibi yürütümüne aykırılık teşkil eder. Buna karşılık zararsız bir duruma örnek olarak bebek sağlığı yönünden önerilen bebek telsizleri gösterilebilir¹⁴⁸.

VI. ÇOCUKLARIN DİJİTAL FAALİYETLERİNE İLİŞKİN AİLELERİN MÜDAHALESİNE KONU BAZI ÖRNEK AYGIT VE UYGULAMALAR

Bu başlık altında çocukların dijital faaliyetlerine ilişkin ailelerin müdahalesine konu olan bazı aygıt ve uygulamaları çok genel hatlarıyla örnek olarak aktaracağız. Öncelikle bunlar arasında yer alan akıllı cep telefonlarını (“*Smartphones*”) ve bilgisayar oyunlarını irdeleyeceğiz. Yine bu bağlamda (daha ziyade telif hukukunun konusunu teşkil etmekle birlikte) konumuzu ilgilendirdiği boyutuyla ve genel hatlarıyla dijital ortamda yasa dışı dosya paylaşımı konusunda bazı değerlendirmelerimizi paylaşacağız.

A. Akıllı Cep Telefonu (“*Smartphones*”) Kullanımı:

Günümüzde çocukların da akıllı telefonları çok küçük yaşlarından itibaren kullanmaya başladıkları görülmektedir. Burada çocukların cep telefonu kullanımını velilerinin velayet hakkı çerçevesinde tamamen yasaklayıp yasaklayamayacakları irdelenebilir. İlk olarak Almanya’da bu konuda verilmiş güncel kararlara değinip devamında konuya ilişkin olarak önceki başlıklarda aktarmış olduğumuz tespit ve açıklamalar çerçevesinde kısaca değerlendirmelerimizi paylaşacağız.

Almanya’da ilk derece mahkemesi AG Bad Hersfeld bir anne tarafından velayet hakkının yürütümü ve dijital bakım yükümlülüğü kapsamında 8 yaşındaki çocuğuna kendine ait, serbestçe erişebileceği bir akıllı telefon verilmesini uygun bulmamıştı. Buna karşılık Frankfurt Yüksek Mahkemesi ilk derece mahkemesinin bu tespitine katılmamış ve akıllı telefon kullanımının bu çocuğun menfaatine aykırılık teşkil etmediğine

¹⁴⁷ Yukarıda a.g.e’ler.

¹⁴⁸ Herberger, 2020, s. 442.

hükmetmiştir¹⁴⁹. Frankfurt Yüksek Mahkemesi'ne göre tek başına internete erişimi olsun veya olmasın bir cep telefonunu, tableti, bilgisayarını veya televizyonu zilyetliğinde bulundurmak, ailenin bu aygıtları erişime açık tutmak suretiyle çocuğa zarar verdiği anlamına gelmemekte olup, bunun kabulü için somut olayda çocuğun tehlikede bulunduğunu gösteren olguların bulunması gerekmektedir¹⁵⁰.

Frankfurt Yüksek Mahkemesi'nin kararında dikkat çekici olan husus mahkemenin velayet hukukuna devlet müdahalesinin ikincilliği ilkesine (ve ölçülülük esasına) işaret eden ifadeler kullanmasıdır. Gerçekten de çocuğun gelişen yetenekleri ile zamanla artan bağımsız ve sorumlu hareket etme ihtiyacının dikkate alınması gereklidir. Bu durum dijital bakımın yürütümünde çocuğun yaşından ve durumundan bağımsız bir şekilde onun akıllı telefonları, sosyal ağlara erişimi veya diğer dijital medyanın veya internet kullanımının tamamen yasaklanmamasını gerektirir¹⁵¹.

Akıllı cep telefonu kullanımına izin verme örneği ile ilgili olarak esas alınması gereken somut olaydaki çocuğun durumudur. Buna göre bir çocuğa akıllı telefon vermek için hangi yaşın belirleyici olduğu, çocuğun anlama yeteneğine bağlıdır¹⁵². Bunun yanında akıllı telefonun kişisel veri koruma hukukuna aykırı kullanımı (ve üçüncü kişilerin olası tazminat davaları açmaları) dolayısıyla çocuğun malvarlığı menfaatlerinin tehlikeye girmesi mümkün olup¹⁵³, buna ilişkin gerekli tedbirlerin alınması da önem taşır.

Ayrıca cep telefonunun çocuk tarafından ne zaman kullanıldığının tespiti ve duruma göre bu konuda çeşitli sınırlamalar yapılması da gündeme gelebilir. Akıllı cep telefonun geceleri veya sabah çok erken kullanımı çocuğun ruhsal ve psikolojik sağlığını bozabilir, uyku bozukluklarına sebebiyet verebilir¹⁵⁴.

Akıllı telefon yasağı daha ileri yaştaki çocuklar için de haklı görülebilir ve hatta çocuk kendi sosyal çevresinin alaylarına maruz

¹⁴⁹ Söz konusu karar (OLG Frankfurt, Beschl. v. 15.06.2018 - 2 UF 41/18) ve değerlendirmeler için Bkz. Leeb/ Starnecker, s. 100.

¹⁵⁰ Leeb/ Starnecker, s. 100.

¹⁵¹ Rake, s. 1734; Specht-Riemenschneider, s. 587; Götz, 2017, s. 1726.

¹⁵² Götz, 2017, s. 1726.

¹⁵³ Specht-Riemenschneider, s. 585.

¹⁵⁴ Krş. Specht-Riemenschneider, s. 585.

kalsa (ilk etapta bu durum onur ve saygınlığının zedelenmesi olarak görülse¹⁵⁵) bile bu önlem somut olayın koşulları dahilinde onun yönünden uygun bir eğitim önlemi sayılabilir¹⁵⁶. Örneğin çocuğun ders çalışırken veya sınavlarına hazırlanırken sürekli akıllı cep telefonu kullanımını dikkatini dağıtmak suretiyle çocuğun verimliliğini ve okuldaki başarısını azaltabilir.

Son durumda ana ilke olan çocuğun menfaati belirleyicidir. Bunu gerçekleştirmeye hizmet eden çocuğun dış tehlikelerden korunması ile kişilik haklarının korunması sıklıkla örtüşebilmekle birlikte, somut olayda bunlar arası olası bir gerginlik söz konusu olabilir. Somut olayda bazen biri, bazen diğeri ön plana çıkabilir. Fakat bu gerginliğin arasındaki dengeyi belirlemede ölçülülük ilkesi belirleyici olup, bunun da bir gereği olarak aşamalı olarak sınırlayıcı ve yasaklayıcı tedbirlere en son aşamada başvurulmalıdır¹⁵⁷. Bu anlamda çocuğun cep telefonu kullanımında yabancı numaraların engellenmesi, “*Kids Place - Ebeveyn Kontrolü*” uygulaması¹⁵⁸, ebeveynlerin çocuklarının ekran süresini ve uygulama kullanımını yönetmesine yardımcı olan Ekran Süresi Ebeveyn Kontrolü uygulaması (‘*Screen Time Parental control*’)¹⁵⁹ gibi önlemlere öncelikle başvurulabilir¹⁶⁰.

¹⁵⁵ Krş. Özcan Büyüktanır, s. 145 vd.

¹⁵⁶ Specht-Riemenschneider, s. 587; Götz, 2017, s. 1726.

¹⁵⁷ Rake, s. 1734; Serozan, § 5 N. 115, 144.

¹⁵⁸ Söz konusu uygulamanın fonksiyonlarından bazıları şu şekilde sıralanmaktadır: “*Özel ana ekran sadece ebeveynlerin onay verdiği uygulamaları görüntüleme, çocukların yeni uygulamalar satın almalarını veya indirmelerini engelleme, belirli bir süre sonunda Kids Place’i kilitleyen zamanlayıcı özelliği, birden fazla kullanıcı profili desteği, Kids Place çalışırken gelen aramaları bloke etme özelliği, Kids Place çalışırken bütün kablosuz sinyalleri devre dışı bırakmak özelliği, küçük çocuklar tarafından yanlışlıkla kapatılan uygulamaları yeniden başlatarak, ebeveynlerin kendi işlerine odaklanmalarını sağlama...*” (<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.kiddoware.kidsplace&hl=tr&gl=US>, 22.04.2022 tarihinde ziyaret edilmiştir) dan naklen.

¹⁵⁹ <https://apps.apple.com/tr/app/screen-time-parental-control/id1055315077?l=tr...> (<https://play.google.com/store/apps/details?id=com.kiddoware.kidsplace&hl=tr&gl=US>, 22.04.2022 tarihinde ziyaret edilmiştir).

¹⁶⁰ Ebeveyn kontrolü uygulamaları her ne kadar çocuk tarafından dolanılabılır/ aşılabilir olsalar bile, ebeveynlerin bunların işlediğini uygun araçlarla kontrol etmeleri durumunda uygun görülebilecekleri (N. 2), ancak velayetin ve dijital bakım yükümlülüğünün gereği gibi yürütümü için ebeveynlerin çocuğun elektronik cihazlarını yeterli aralıklarla kontrol etmeleri gerektiği (N. 4), ancak söz konusu koşullar sağlandıktan sonra akıllı cep telefonunu çocuğun elinden almanın dijital bakım yükümlülüğünün sınırlarını aşacağı yönünde (N. 5) birtakım yapmış olduğumuz vurgularla Bkz. AG Bad Hersfeld, Urt. v. 22.07.2016, Aktenz. F

B. Bilgisayar Oyunları

Bu başlıkta ise velilerin çocuğun kullanımına bir oyun konsolunu veya içinde oyun bulunan bir tablet veya bilgisayarı bırakmaları durumunu zikredebiliriz. Tek başına çocuğa oyun konsolu veya oyunlara erişimi mümkün olan bir bilgisayar vermek velilerin dijital bakım yükümlülüğünü ihlal ettiklerini göstermez. Ancak veliler yukarıda aktardığımız ölçütler de dikkate alınarak çocuğun aşırı oyun oynamasını veya çocuk için zararlı içerikli oyunlar oynamasını önlemek için uygun önlemleri almalıdırlar¹⁶¹.

Velilerin bu konuda dijital bakım yükümlülüğü kapsamında alabilecekleri önlemleri bir oyunun satın alınmasından önce ve sonra olarak ikiye ayırabiliriz.

Oyunun satın alınmasından önceki aşamada çeşitli kuruluş veya ülkelerin kullandıkları örneğin ESRB, PEGI, RARS, ACB, USK, OFLC, CERO, IARC vb. video oyunu yaş derecelendirme sistemlerinden biri veya birkaçı yapılacak değerlendirmede ölçüt olarak alınabilir. Ancak yaş derecelendirme sistemleri birbirinden yaş kısıtlamalarının seviyesi ile neyin uygunsuz içerik olduğuna ilişkin tanımlar yönünden farklılaşabilmektedir.

Bunlar arasından çocuğun yetiştirilme tarzına ve menfaatlerine uygun olanın belirlenmesi gerekir. Örneğin Sims 4 adlı oyun bir çocuğun aynı cinsiyetten çiftler oluşturmasına ve oluşturulan karakterlerin akrabaları ile kavga ettiği durumlara izin verir. Bundan dolayı RARS derecelendirme sisteminde Sims 4 oyunu çocuklar için uygun görülmezken (RARS:18+), USK derecelendirme sistemi söz konusu oyunu gerçekçi şiddet içermediğinden dolayı altı yaş üstü çocuklar için uygun görmektedir (USK: 6+)¹⁶².

Veliler oyunun satın alınmasından önce; ilgili derecelendirme sisteminde öngörülen yaş kısıtlamasına ve bunun nedenine bakmayı, derecelendirme sistemlerinin sonuçlarının birbiriyle karşılaştırmayı, oyunun içeriği hakkında bilgi almak üzere oyun kılıfının üzerini okumayı ve gerekiyorsa çevrim içi bu konudaki

361/16, Leitsatz, N.2, 4, 5 (https://www.bag-jugendschutz.de/PDF/AG_Bad-Hersfeld_Az_F_361-16_EASO.pdf, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

¹⁶¹ Leeb/ Starnecker, s. 100.

¹⁶² Marvin the Robot, "Oyun derecelendirmelerinde yaşanan maceralar", *Kasperskydaily*, 24.02.2020, <https://www.kaspersky.com.tr/blog/game-ratings/7702/>, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).

yazı ve videoları incelemeyi, oyunun çevrim içi fragmanını ve oynanışını izlemeyi vb. yerine getirmelidir¹⁶³.

Yukarıda belirttiğimiz üzere dijital bakım yükümlülüğü kapsamında veliler oyunun satın alınmasından sonra da çocuklarının bundan dolayı bir mağduriyet yaşamamaları için birtakım tedbirler almalıdırlar. Bu anlamda bir süre çocuğa oyun oynarken refakat edilmelidir. Mümkünse oyun birlikte oynanmalı, çocuğun oyunla fazla zaman geçirmemesi için bunun riskleri hakkında çocuk bilgilendirilmeli ve uyarılmalıdır. Gerekirse dijital bakımın gereği gibi yürütümü için yukarıda da aktardığımız ekran süresi ebeveyn kontrolü gibi uygulamalardan da yararlanılmalıdır.

C. Yasa Dışı Dosya Paylaşımı

Bu konunun sadece telif hukuku yönünden değil, sorumluluk hukuku yönünden de sonuçları bulunmaktadır. Veliler sıklıkla interneti çocuklarının erişimine sunmaktadırlar. Bu bağlamda çocuğun internette yasadışı olarak dosya paylaşımı, eş zamanlı izleme veya dinleme ("*streaming*") hizmetlerinden yararlanması, bir internet sitesinden diğer internet sitesine bağlanma ("*linking*")¹⁶⁴ ve çerçeveleme ("*Framing*")¹⁶⁵ gibi durumlarda çocuğun malvarlığı menfaatleri üçüncü kişilerden gelen ihtarlar ile tehlikeye girerken, velilerin de üçüncü kişilere karşı gerekli şartlarının sağlanması durumunda ev başkanı olarak (TMK m. 364) sorumluluğu gündeme gelebilir¹⁶⁶.

Bu konuda Alman Federal Mahkemesi'nin meşhur Morpheus kararı zikredilebilir. Söz konusu kararda bir çiftin on üç yaşındaki en küçük çocukları ev internetini kullanarak kendisine yaş gününde alınan ikinci el bir bilgisayardaki yasadışı veri indirme ve paylaşma programı aracılığı ile internetten birtakım müzik dosyaları indirmiştir. Karardaki Alman Federal Mahkemesi'nin bu konudaki

¹⁶³ Marvin the Robot.

¹⁶⁴ Bu konuda örneğin Bkz. Karaoğlu, Erol. "Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) Ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar", 24.03,2003, *Türk Hukuk Sitesi*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_82.htm, (Erişim Tarihi:15.03.2022 tarihinde ziyaret edilmiştir).

¹⁶⁵ Bu konuda örneğin Bkz. Özdişek, Osman, "Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış", *Blogspot*, 9.01.2007, <http://teknolojihukuku.blogspot.com/2007/01/web-sitelerinde-ereveleme-framing.html>, (Erişim Tarihi: 15.03.2022).

¹⁶⁶ Leeb/ Starnecker, s. 100; Specht-Riemenschneider, s. 571, 583; Veit, BGB § 1626, N. 4.

iki temel görüşe ilişkin tespitleri konumuz yönünden dikkat çekicidir. Temyiz Mahkemesi'nin katıldığı ilk görüşe göre¹⁶⁷:....

"...Ebeveynlerin bilgisayar ve internet bağlantısı sağladıkları reşit olmayan çocuklarına internet kullanımı ile ilgili hakların ihlali riski konusunda talimat vermeleri ve dosya paylaşım ağlarına katılmasını ihlal edecek şekilde yasaklamaları yeterli değildir. Bu görüşe göre ebeveynler de güvenlik duvarı kurmak veya sınırlı kullanıcı haklarına sahip bireysel kullanıcı hesapları kurmak gibi teknik önlemler olarak çocuğun dosya paylaşım yazılımlarını kurmasını ve kullanmasını engellemekle yükümlüdür. Bu görüşe göre, ebeveynler çocuğun interneti kullanırken üçüncü kişilerin haklarını ihlal ettiğine dair herhangi bir belirti olmasa bile, çocuğun internet kullanımını sürekli olarak izlemek ve çocuğun bilgisayarını düzenli olarak kontrol etmekle yükümlüdür..."

Ayrıca Alman Federal Mahkemesi'nin aktardığı ikinci görüşe göre ise: " *reşit olmayan çocuğuna internet bağlantısını sağlayan ebeveynler, ilke olarak, çocuğa internet kullanımına bağlı hak ihlali riskleri hakkında bilgilendirme yaparak denetim görevini zaten yerine getirmektedirler. Bu bilgilendirmenin içeriği ve kapsamı ilgili çocuğun yaşına ve anlayışına bağlı olarak belirlenir. Öte yandan, bu görüşe göre, ebeveynler ilke olarak çocuğun internet erişimini kısmen engellemek, çocuğun internet kullanımını sürekli izlemek ve çocuğun bilgisayarını düzenli olarak kontrol etmek zorunda değildir. Bunun yerine, ebeveynler, yalnızca çocuğun internet bağlantısını kanuna aykırı olarak kullandığına dair somut göstergeleri varsa, bu tür önlemleri almakla yükümlüdür."*¹⁶⁸

Alman Federal Mahkemesi bizim de katıldığımız ikinci görüşe katılmaktadır. Dijital bakım yükümlülüğünün bir unsuru olan gözetleme ve kontrol unsuru zararlı davranışın öngörülebilirliğine dayanmaktadır. Önceden yapılacak bilgilendirmenin kapsamı, niteliği ve yeterli olup olmadığı ise yine somut olaydaki çocuğun özellikleri dikkate alınarak tespit edilebilir. Bu anlamda söz konusu olayda mahkeme on üç yaşında bir çocuğa ilişkin olarak ailenin

¹⁶⁷ BGH, Urteil vom 15. 11. 2012 – I ZR 74/12 – Morpheus, N. 24'den naklen.

¹⁶⁸ BGH, Urteil vom 15. 11. 2012 – I ZR 74/12 – Morpheus, N.25, 26'dan vurgu yapmak üzere yapılan birtakım ufak değişiklikler ile naklen. Yine 11 yaşında torunlarının haftasonu ziyareti sırasında büyükanne ve büyükbabanın bu tarz bir sorumluluğunun doğmayacağına hükmedildiği güncel bir karar için Bkz. LG Frankfurt a. M., Urt. v. 29.10.2020 – 2-03 O 15/19, GRUR-RS 2020, 30501.

çocuğun internet kullanımını izleme, çocuğun bilgisayarını kontrol etme veya çocuğun (kısmi) internet erişimini engelleme yükümlülüğü olmadığına dikkat çekmiştir. Hatta mahkeme hayat tecrübelerinin çocukların ve gençlerin zaman zaman konulan yasakları çiğnediğini göstermesine rağmen; söz konusu durumun velileri somut bir hak ihlali tehlikesi olmaksızın çocuklarının bilgisayar ve internet kullanırken kendilerine getirilen yasaklara uyup uymadığını düzenli olarak kontrol etme yükümlülüğü altına sokmayacağına, aksi bir kabulün bakım yükümlülüğünün arkasındaki değerlerle çatışacağına işaret etmektedir¹⁶⁹. Daha somut olarak ilk görüş çerçevesinde yapılacak genel bir müdahale bilakis çocuğun kişiliğinin gelişmesini zedeleyecek, velayetin temel fonksiyonu olan çocuğa bağımsız kişilik kazandırma amacını gözetmemiş olacaktır.

Söz konusu tespitler sadece dosya paylaşım platformlarının kullanımı ile sınırlı olmayıp, yine telif haklarını ilgilendirebilecek diğer hizmetlere, örneğin internette yayın izleme portalları ('*Streamingportalen*') veya bağlantı paylaşımlarına da uygulanabilir niteliktedir. Ancak somut bir tehlike bulunmakta ise ailenin internet kullanımında çocuğu gözlemlemesi, gerekirse bu kullanımı engellemesi beklenmektedir¹⁷⁰. Daha önce aktardığımız üzere dijital bakım yükümlülüğünün koruma unsuru bağlamında veliler çocuğun (malvarlığı) menfaatine aykırı şekilde üçüncü kişilere karşı kişisel veri koruma hukukuna, telif hukukuna vb. aykırılık ve sorumluluğun önüne geçecek veya bunu sınırlayacak, makul önlemler almalıdırlar. Şayet aile bu tehlikeyi önlemek istemiyor veya bunu yapabilecek durumda değilse, çocuğun

¹⁶⁹ BGH, Urteil vom 15. 11. 2012 – I ZR 74/12 – Morpheus, N. 31, 32. Bu bağlamda mahkemeye göre: " Bir üçüncü kişinin bir çocuğun telif haklarına aykırı şekilde paylaşım platformlarını kullanmak suretiyle maruz kalacağı tehlike, örneğin bir çocuğun trafikte maruz kalabileceği veya bu çocuğun ateşle oynaması durumunda maruz kalabileceği tehlikeden daha azdır." (N. 34'den naklen).

¹⁷⁰ Avrupa Adalet Divanı bir kararında internet bağlantısı sahibinin kendi bağlantısı üzerinden gerçekleşen ve buna dahil olan ve adını paylaşmadığı ailenin bir veya birkaç üyesinin de hukuka aykırı fiillerinden de sorumlu olduğuna hükmetmiştir (EuGH, Urt.v.18.10.2018±C149/17, ECLI:EU:C:2018:841=GRUR2018,1234±Ba steiLübbe/Strotzer.). Gerçi bu kararda genel olarak aynı hanede yaşayan bağlantı sahibinin aile fertlerinden bahsedilmektedir (LGMünchen, Beschl. v.17.03.2017±21S24454/14, GRUR-RR2017,188±DasverloreneSymbol.). Bununla birlikte ATAD'ın verdiği kararında gerekçesi tüm aile üyelerini kapsayacak şekilde olup, bu anlamda bakım yükümlülüğüne tabi olan çocuklarda bu kapsamda kabul edilebilir. Sonuç olarak kontrol etme ve aile bakım yükümlülüğüne tabi olup bunun gereklerine uymamış olan aile ferdini zikretme yükümlülüğü söz konusudur.

menfaatlerinin tehlikeye düştüğü kabul edilebilecek ve aile mahkemesinin bunun önüne geçmek için medeni kanundaki çeşitli tedbirleri alması gündeme gelebilecektir.

Bu anlamda aile başkanının velayet hakkını gereği gibi yürüttüğünün kabulü, haksız fiil sorumluluğunu sınırlandırmak ve eş zamanda da çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ilkesi gözetilerek örnek olarak şu tedbirleri almasının uygun olabileceğini söyleyebiliriz¹⁷¹:

* Dijital sosyal medya kullanımlarına ilişkin mümkün olan hukuka aykırı kullanım durumları konusunda velilerin kendini eğitmesi ve gerekirse bu konuda eğitimlere katılması veya uzman desteği alması. Teknolojik gelişim ve değişimlere bağlı olarak elde edilen bilgilerin güncellenmesi

* Velilerin çocuklarını dijital medya uygulamaları ve buna bağlı riskler konusunda eğitmeleri, gerekirse onları ilgili eğitimlere göndermesi

* Çocuğun hukuka aykırı dijital sosyal medya kullanımlarını yasaklamak. Bu kapsamda:

**Çocuğu dijital sosyal medya kullanımlarına ilişkin mümkün olan hukuka aykırı kullanım durumları konusunda sözlü olarak (gerekirse birden çok sefer) bilgilendirmek.

** Açıklık ve anlaşılabilirliğin sağlanması için çocuğun anlayacağı şekilde, dijital sosyal medya kullanımlarına ilişkin mümkün olan hukuka aykırı kullanım durumları ve yasal hassasiyetler konusunda çocukla yazılı olarak ve sürekli görebileceği şekilde gerekli uyarıların paylaşılması

* Çocuğun somut olaydaki durumuna göre seçilecek gözetimin seviyesinin ve yoğunluğunun belirlenmesi ve konuda uygun olan ebeveyn takip uygulamalarından yararlanılması. Üçüncü kişilerin haklarının ihlali konusunda somut bir dayanak noktası bulunması durumunda dijital sosyal medya kullanımının gözetim seviyesinin ve sıklığının arttırılması. Bu bağlamda donanım kontrolü de gözetleme yükümlülüğü altında değerlendirilmektedir.

¹⁷¹ Krş. Specht-Riemenschneider, s. 572; Herberger, 2020, s. 444.

* Gözetim sırasında veya haricinde öğrenilen bir hukuka aykırılık durumunda diğer tedbirler sonuç vermezse son çare olarak aşamalı şekilde çocuğun gerekli donanımlara ve hatta internete erişimine engel olmak.

SONUÇ

Velayet hakkı ve bu kapsamda dijital bakımın ~~bir~~ sadece bir yetki değil, aynı zamanda bir yükümlülük olarak kabul edilmesi de göstermektedir ki; bakımın kapsam ve sınırları çocuğun menfaatleri ve onu yetiştirme amacı dikkate alınarak somutlaştırılmalıdır¹⁷².

Günümüzde çocuğun dijital sosyal medya kullanımlarında çocuğun malvarlığı değerleri yanında özellikle onun kişilik değerlerine dahil olan adı, onur ve saygınlığı ile özel veya gizli alanı ciddi bir tehdit altındadır. Gerek dijital ortamda ortaya çıkan birçok farklı yeni tehdit gerekse çocuğun dijital ortamdaki izlerinin kısa zamanda çok hızlı, geniş bir çevreye yayılabilmesi ve silinememesi riski çocuğun korunması ve ailenin bu konudaki müdahalesini gerekli kılmaktadır.

Öte yandan velayet hakkının çocuğun toplumumuzda kendinden sorumlu bir birey olarak gelişebilmesi ihtiyacına hizmet ettiği gözetilmelidir¹⁷³. Çocuklar artık günümüzde artan oranda dijital ortamda kendini ifade etmekte ve sosyalleşmektedir. İncelemenin genelinde ve akıllı cep telefonu, bilgisayar oyunları ve dijital ortamdaki yasa dışı dosya paylaşımı örnekleri özelinde de aktarıldığı üzere; içeriği teknolojik gelişmelere uygun olarak şekillenen kişilik hakkı ve buna dahil olan değerler velilerin çocuğa yapacağı müdahalelerde, ebeveyn denetimi ve denetleme yetkilerinin sınırlandırılmasında önemli bir rol oynamaktadır¹⁷⁴. Çocuğun dijital ortamdaki faaliyetlerinde çocuğun kişiliğine saygı gösterilmesi ve katılımının sağlanması ilkesine yapılan vurgu her geçen gün daha fazla artmaktadır.

Bu anlamda her biri tek başına çocuk ve velayet hukukunun ana ilkesi olan çocuğun menfaatinin korunmasına hizmet eden olgular somut olayda karşı karşıya gelebilmektedir. Bu durumda dijital

¹⁷² Krş. Brauchli, s. 113.

¹⁷³ Veit, BGB § 1626, N. 10; Specht-Riemenschneider, s. 569, 586 vd.

¹⁷⁴ Specht-Riemenschneider, s. 587.

bakım yükümlülüğünün sınırlarını belirleme somut olayda ölçülülük ilkesi gözetilerek çocuğun farklı menfaatleri arasında makul bir denge kurmayı gerektirmektedir. Çocuğa yapılacak olan müdahalenin seviyesi genelleme yapmaya uygun olmayıp, somut olayda incelememizde bazılarını aktardığımız çeşitli olgular ve ölçütler dikkate alınarak, ölçülülük ilkesi gözetilerek sağlıklı ve tutarlı bir şekilde belirlenebilecektir.

Veliler çocuğun dijital faaliyetlerine müdahale etmeden, öncelikle onunla konuşmalı, eğer çocuğun gelişim seviyesi buna müsait ise çocuğun dijital bakımına ilişkin ona sorular sormalı ve özellikle çocuğun şahıs varlığını yakından ilgilendiren konularda çocuk ile fikir birliği içinde olmaya çabalamalıdır¹⁷⁵. Çocuk büyüdükçe, aksi yönde çocuğun menfaati yönünden somut olayda bir tehlike bulunmadıkça daha sınırlı bir müdahale olması gerektiği söylenebilir¹⁷⁶. Ebeveyn kontrolü uygulamaları ve izleme uygulamalarından çocuğun bireysel gelişim düzeyine bağlı olarak yararlanılmalıdır. Buna göre çocuk belirli bir yaşın üzerinde ise (çocuğun somut olaydaki menfaat durumu aksini haklı göstermedikçe) bu uygulamaların çocuğa açıklanmasından sonra ve bunu kavrayabilecek çocuğun rızasıyla kullanılması gerekir¹⁷⁷. Yasal temsilcinin sınırlı ehliyetsizin aksi yöndeki iradesine rağmen belli bir hareket tarzını benimsemesi somut olayda adil olmayan sonuçlara sebebiyet verebilecektir. Bunun somut olayda çocuğun kişiliğini olumsuz etkilediği kabul edilirse çocuğun kişiliğini koruyucu davaların açılabilmesinin yanında, çocuğun menfaatlerini tehlikeye düşüren söz konusu durumda velayet hukukuna ilişkin önlemlerin ölçülülük ilkesine göre aşamalı olarak uygulanması gündeme gelebilecektir.

KAYNAKÇA

Akıntürk, Turgut/ Ateş, Derya. *Aile hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul.

Akıntürk, Turgut/ Akipek, G. Jale/ Ateş, Derya. *Türk Medeni Hukuku Baslangıç Hükümleri Kişiler hukuku*, 16. Baskı, Beta Yayıncılık, İstanbul, 2021.

¹⁷⁵ Krş. Specht-Riemenschneider, s. 587, 591; Serozan, N. 116.

¹⁷⁶ Specht-Riemenschneider, s. 592; Götz, 2019, BGB § 1632, N 10; Özcan Büyüktanır, s. 265 vd.

¹⁷⁷ Götz, 2017, s. 1726.

- Alan, Ümit. *Her ebeveyn bilmeli: Cyber grooming ve sextortion*, 13. 12. 2020, BirGün, <https://www.birgun.net/haber/her-ebeveyn-bilmeli-cyber-grooming-ve-sextortion-326408>, (Erişim tarihi: 15. 02. 2022).
- Akyüz, Emine. *Çocuk hukuku: Çocukların hakları ve korunması*, 7. Baskı, Pegem Akademi, Ankara, 2020.
- Albayrak, Süleyman “Çocuğun Serbest Malları”, *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, N. 26, C. 2, 2018, s. 443- 471.
- Antalya, O. Gökhan. *Manevi Zararın Belirlenmesi ve Manevi Tazminatın Hesaplanması*, Legal Yayıncılık, İstanbul 2017.
- Antalya, O. Gökhan. *Marmara hukuk yorumu. Cilt V/ 1, 2: Borçlar hukuku Genel hükümler Haksız fiilden doğan borç ilişkileri sebepsiz zenginleşmeden doğan borç ilişkileri*, 2. Baskı, Seçkin Hukuk, Ankara 2019.
- Antalya, O. Gökhan/ Topuz, Murat. *Marmara hukuk yorumu. Cilt I: Medeni Hukuk: Giriş, Temel Kavramlar, Başlangıç Hükümleri*, 4. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- Brauchli, Andreas. *Das Kindeswohl als Maxime des Rechts*, Schulthess Verlag, Zürich, 1982.
- Çelik, Burak. *Milli Eğitim Bakanı Mahmut Özer duyurdu: Eğitimde metaverse dönemi geliyor*, Sabah 25.03.2022, <https://www.sabah.com.tr/gundem/2022/03/25/milli-egitim-bakani-mahmut-ozer-duyurdu-egitimde-metaverse-donemi-geliyor>, (Erişim Tarihi: 25.04.2022).
- Diederischen, Uwe. “§ 1589- 1921 BGB”. *Palandt Bürgerliches Buch* , 69. Baskı, Beck Verlag, München, 2020.
- Döll, Yves. “BGB § 1632”, *Erman Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar mit AGG, EGBGB (Auszug), ErbbauRG, HausratsVO, LPartG, ProdHaftG, UKlaG, VAHRG und WEG II*, 15. Baskı, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2017.
- Döll, Yves. “Schutz vor Sexting – Aber wie?”, *FamRZ*, S.21, 2017, s. 1728-1730.
- Dural, Mustafa/ Oğuz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper, *Türk özel hukuku. 3: Aile hukuku*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2022.
- Dural, Mustafa/ Öğüz, Tufan. *Türk Özel Hukuku (Kişiler hukuku)*, 22. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2021.
- Elçin Grassinger, Evgen Gülçin. “Çocuğun Menfaati Gereği Çocukla İlgili Uyuşmazlıklarda Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, *Çocuk Hakları Çalışmaları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2017.
- Elçin Grassinger, Evgen Gülçin. *Türk medeni kanununda yer alan velâyet hükümleri kapsamında küçüğün kişi varlığının korunması için*

- alınacak tedbirler (MK md. 346, md. 347, md. 348)*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2009.
- Eren, Fikret. *Borclar hukuku: Genel hükümler*, 26. Baskı, Yetkin, Ankara, 2021.
- Gizem (soyadı paylaşılmamış). *Yapılan Bir Metaverse Anketi İnsan Sağlığına Zararlarını Ortaya Çıkardı!*, Onedio, 31.01.2022, <https://onedio.com/haber/yapilan-bir-metaverse-anketi-insan-sagligina-zararlarini-ortaya-cikardi-1040592>, (Erişim Tarihi: 25.04.2022 tarihinde ziyaret edilmiştir).
- Götz, Isabell. "BGB § 1631, 1632", *Palandt Bürgerliches Gesetzbuch Bd. 7*, 78. Baskı, Beck Verlag, München, 2019.
- Gündoğar, Selin. *Siber Uşaklaştırma'ya Dikkat!*, 2. 04. 2019, Bilgi Üniversitesi İletişim Fakültesi: Dijital Medya ve Çocuk, <https://dijitalmedyavecocuk.bilgi.edu.tr/2019/04/02/siber-usaklastirmaya-dikkat/>, (Erişim Tarihi: 15. 02. 2022).
- Hatemi, Hüseyin. *Kişiler Hukuku*, 9. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2021.
- Hatemi, Hüseyin/ Oğuztürk, Burcu Kalkan. *Aile hukuku: Ders kitabı*, 6. Baskı, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Helvacı, Serap. *Gerçek Kişiler*, 5. Baskı, Legal Yayıncılık, İstanbul 2013.
- Hennemann, Heike. "§ 1687". *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II §§ 1589-1921, SGB VIII*, 7. Baskı, Beck Verlag, München, 2017.
- Herberger, Maria, "Die Welt zu Gast im digitalen Kinderzimmer", *JM*, S. 12, 2020, s. 442- 449.
- Herberger, Maria, "Veröffentlichung von Kinderfotos zu kommerziellen Zwecken gegen den Willen eines Elternteils", *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, S. 24, 2021, s. 1088-1091.
- Huber, Peter. "BGB § 1626, 1626a, 1631, 1632". *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 10: Familienrecht II, §§ 1589-1921, SGB VIII*, 8. Baskı, Beck Verlag, München, 2020.
- Jokisch, Beate. "Die Entwicklung der Rechtsprechung zur elterlichen Sorge und zum Umgangsrecht seit dem Jahre 2016", *Familie und Recht (FuR)*, C. 28, S. 9, 2017, s. 479- 486.
- Karaca, Mustafa/ Mutlu, Tuğba/ Gencer, Gamze. "Siber Mağduriyet: Kavramsal Bir Çalışma". *Anadolu Akademi Sosyal Bilimler Dergisi*, C. 3, S. 1, 2021, s. 177-191.
- Karaoğlu, Erol. "Bir Web Sitesine Diğer Bir Web Sitesinden Bağlanma (=Linking) Ve Doğurduğu Hukuksal Sorunlar", 24.03.2003, *Türk Hukuk Sitesi*, http://www.turkhukuksitesi.com/makale_82.htm, (Erişim Tarihi:15.03.2022 tarihinde ziyaret edilmiştir).

- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Aile hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi Ankara, 2022.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Sınai Haklarla Karşılaştırmalı Fikri Haklar*, 7. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2021.
- Leeb, Christina-Maria/ Starnecker, Tobias, “Rechtliche Grenzen des digitalisierten Alltags von Eltern und Kindern Ein Überblick anhand von Beispielen aus der Rechtsprechung”, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, 21, 2021, s. 97-101.
- Marvin the Robot, “Oyun derecelendirmelerinde yaşanan maceralar”, *Kasperskydaily*, 24.02.2020, <https://www.kaspersky.com.tr/blog/game-ratings/7702/>, (Erişim Tarihi: 22.04.2022).
- Muzipo Kids, *Telefon, Tablet ve Televizyonun (3T) Zararları*, 2022, [https://muzipo.com/blogs/muzi-blog/telefon-tablet-ve-televizyonun-3t-zararlari#:~:text=Erken%20ya%C5%9Fta%20\(%200%2D3%20ya%C5%9F,anormal%20davran%C4%B1%C5%9Flar%20g%C3%B6sterebilirler\)%20neden%20olabilir](https://muzipo.com/blogs/muzi-blog/telefon-tablet-ve-televizyonun-3t-zararlari#:~:text=Erken%20ya%C5%9Fta%20(%200%2D3%20ya%C5%9F,anormal%20davran%C4%B1%C5%9Flar%20g%C3%B6sterebilirler)%20neden%20olabilir), (Erişim Tarihi: 3.05. 2022).
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe, *Kişiler hukuku: gerçek ve tüzel kişiler*, 17. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul 2018.
- Oğuzman, M. Kemal/ Öz, M. Turgut. *Borçlar hukuku: genel hükümler Cilt 2*, 16. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2020.
- Özcan Büyüktanır, Burcu G.. *Çocuğun kişilik hakkı ve çocuğun kişilik hakkının hukuka aykırı fiillere karşı korunması*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2019.
- Özdemir, Hayrünnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal. *Çocuk hukuku ve çocuk hakları*, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2016.
- Özdilek, Osman, “Web Sitelerinde Çerçeveleme (Framing) Teknolojisi ve Getirdiği Yasal Problemlere Kısa Bir Bakış”, *Blogspot*, 9.01.2007, <http://teknolojihukuku.blogspot.com/2007/01/web-sitelerinde-ereveleme-framing.html>, (Erişim Tarihi: 15.03.2022).
- Öztan, Bilge, *Aile hukuku*. 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Öztan, Bilge. *Kişiler Hukuku: Gerçek Kişiler*, 11. Baskı, Seçkin, Ankara, 2021.
- Rake, Ulrich. “Digitale Kommunikation von Kindern - Grenzen der elterlichen Kontrollbefugnisse” S. 24, 2018, *Neue Zeitschrift für Familienrecht*, s. 1717-1722.
- Rodoslu, Koçano/ Emine Emine, “Ev Başkanının Sorumluluğu”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.63, S. 4, 2014, s. 879- 899.
- Serozan, Rona A.. *Çocuk Hukuku*, 2. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2017.
- Sezek, Fatma. *Blogger, Vlogger, Youtuber Ve Influencer Nedir?*, Kişisel Blog sayfası, 28.05.2020

(<https://fatmasezek.art.blog/2020/05/28/blogger-vlogger-youtuber-ve-influencer-nedir/>, (Erişim Tarihi: 02. 05.2022)

Specht-Riemenschneider, Louisa, *Herausforderungen und Grenzen digitaler elterlicher Sorge in den Bereichen Urheber- und Kunsturheberrecht, Datenschutz- und Allgemeines Persönlichkeitsrecht*, DJI Verlag, München 2021.

Veit, Barbara. "BGB § 1626, 1646, 1666", *Beck'sche Online-Kommentare BeckOK BGB Buch 4. Familienrecht*, 54. Basım, Beck Verlag, München, 2019.

Wagner, Gerhard. "§ 832", *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch: BGB, Band 5: Bürgerliches Gesetzbuch, Buch 2: Recht der Schuldverhältnisse (§§ 705–853 BGB)*, 4. Baskı, Beck Verlag, München 2004.

Welt. *Bundestags-Gutachten warnt Eltern vor „Alexa“*, 09.07.2019, <https://www.welt.de/wirtschaft/article196620335/Amazon-Bundestags-Gutachten-warnt-Eltern-vor-Alexa.html>, (Erişim tarihi: 15.03.2022).

VELAYETTE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ

*Süheyla ZORLU**

Öz

“Çocuğun üstün yararı ilkesi” çocuk hukukunun temel ilkelerinden biri olarak kabul edilmektedir. Bu kavram ilk olarak Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesinde “çocuğun yararı” olarak ifade edilmiştir. Daha sonra Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi kabul edilmiş ve burada “çocuğun üstün yararı” kavramı kullanılmıştır. Ulusal hukukumuz bakımından ise Türk Medeni Kanununun birçok hükmünde bu kavrama değinilmektedir. Birçok Yargıtay kararında da değinilen bu temel ilkenin herkesçe kabul edilen bir tanımı mevcut değildir. Ancak kısaca çocuğun yararına olan eylem ve işlemlerin yapılması, çocuğun tarafında olarak hareket edilmesi, çocuk için en iyi görünen çözümün kabul edilmesi olarak ifade edilebilir. Bu kavram ile çocuğun kısa vadeli, dar ve bencil çıkarı kast edilmez; uzun vadeli, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki çocuk yararı kast edilir. Çocuğun üstün yararına ilişkin değerlendirme yapılırken, çocuk yetişkin biri olmuş olsa idi kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verebileceği düşünülmeli; çocuk için karar verme konumundaki kişinin de aynı yönde karar verebilmesi sağlanmalıdır. Çocuğun içinde bulunduğu her türlü uygulamada göz önünde bulundurulması gereken “çocuğun üstün yararı ilkesi” velayette de uygulanmalıdır. Zira velayetin varlık amacı çocuğun yararı doğrultusunda hayatına devam etmesinin ve yetiştirilmesinin sağlanmasıdır. Velayette çocuğun yararı tespit edilirken çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Örneğin çocuğun yaşı hangi ebeveyne ihtiyacının daha fazla olduğunu bakımından ve çocuğun görüşlerinin dikkate alınabilmesi bakımından önemli bir ölçüttür. Yine örneğin çocuğun büyüdüğü, okula gittiği, arkadaşlar edindiği, aidiyet duyduğu çevrenin değiştirilmesi çocuğu olumsuz etkileyeceğinden bu ortamın değiştirilmesine karar verilmesi çocuğun yararına aykırı olacaktır. Yaşı ve olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşüne önem verilmesi ve onun isteğinin öğrenilmesi de çocuğun yararının

* Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Hukuk Anabilim Dalı Doktor Öğretim Üyesi E-Mail Adresi: szorlu@erbakan.edu.tr; suheylagzorlu@hotmail.com, ORCID ID: 0000-0001-6962-387X.

gözetilmesi sırasında önem arz eder. Yine örneğin çocuğun kardeşleri varsa çocuğun kardeşleri ile aynı ortamda yaşaması önemsenmeli, çocukların birbirlerinden ayrılmamasına dikkat edilmelidir.

Anahtar Kelimeler: Çocuk Hakları, Soybağının Sonuçları, Çocuğun Üstün Yararı İlkesi, Velayet, Çocuk Hukuku.

THE PRINCIPLE OF THE SUPERIOR BENEFIT OF THE CHILD IN CUSTODY

Abstract

The "principle of the superior benefit of the child" is recognized as one of the basic principles of juvenile law. This concept was first expressed in the United Nations Declaration on the Rights of the Child as "in the best interests of the child". Later, the United Nations Convention on the Rights of the Child was adopted, in which the concept of "superior benefit of the child" was adapted. As for our national law, this concept is mentioned in many provisions of the Turkish Civil Code. There is no universally accepted definition of this basic principle, which is also mentioned in many Supreme Court decisions. But in short, it can be expressed as taking actions and processes that are in the best interest of the child, acting on the child's side, and accepting the solution that seems best for the child. This concept does not mean the short-term, narrow, and selfish interest of the child; but the long-term, wide-range future benefit of the child in the social environment. When evaluating the best interests of the child, it should be considered how she/he can decide for her/his benefit in an event that concerns her/him, even if the child has become an adult; it should be ensured that the person in the position of deciding for the child can decide the same direction. "Principle of the superior benefit of the child" which should be taken into account in all kinds of applications in which the child takes place, should also be applied in custody. Because the main purpose of custody is to ensure that the child is brought up accordingly and continues her/his life in accordance with her/his best interests. When determining the benefit of the child in custody, the below special conditions of the child should be considered; child's gender, date of birth, educational status, with whom she/he studies, the claimant's concern about the educational status of the child, health, according to the health status who could provide the treatment. For example, one should take the age of the child which is an important criterion to take into account which parent she/he needs more. Another example is changing the environment in which the child grows up, attends school, makes friends, and feels belonging will adversely affect the child, so deciding to change this environment will be against the child's best interests. It is also important to pay attention to the child's opinion to the extent of his age

and maturity, as well as to find out his desire during the observance of the child's benefit. Again, for example, if the child has siblings, it should be taken into account that the child lives in the same environment with her/his siblings, and the children should not be separated from each other.

Keywords: The Rights of the Child, the Consequences of the Paternity, The Principle of the Superior Benefit of the Child, Custody, Juvenile Law.

A. GENEL OLARAK ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI İLKESİ

Çocuk hukukunun en temel ilkesi¹, “çocuğun üstün yararı ilkesi”dir². Bu kavram ne uluslararası sözleşmelerde, ne de kanunlarda açık bir şekilde tanımlanmamaktadır. Çocuğun üstün yararı ilkesi ilk olarak, Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Bildirgesi’nde³ “çocuğun yararı” olarak ifade edilmiştir. Daha sonra kabul edilen Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinde (BMÇHS)⁴ ise “çocuğun yüksek (üstün) yararı” kavramına dönüşmüştür. Nitekim Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m.3’e göre, “*Kamusal ya da özel sosyal yardım kuruluşları, mahkemeler, idari makamlar ve yasama organları tarafından yapılan ve çocukları ilgilendiren bütün faaliyetlerde, çocuğun yüksek yararı temel düşüncedir*”.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi’nin 9 uncu maddesinde çocuğun anne ve babasından ayrılmaması ele alınmakta ve bu hükümde de çocuğun üstün yararı ilkesine vurgu yapılmaktadır. Nitekim söz konusu hükme göre,

*“1. Yetkili makamlar uygulanabilir yasa ve usullere göre ve teyiz yolu açık olarak, ayrılığın **çocuğun yüksek yararına** olduğu yolunda karar vermedikçe, Taraf Devletler, çocuğun; ana-babasından, onların rızası dışında ayrılmamasını güvence altına alırlar ...*

*3. Taraf Devletler, ana-babasının veya bunlardan birinden ayrılmasına karar verilen çocuğun, **kendi yüksek yararına aykırı olmadıkça**, ana babanın ikisiyle de düzenli bir biçimde kişisel ilişki kurma ve doğrudan görüşme hakkına saygı gösterirler...”*

¹ Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, B. 6, Pegem Yayınları, Ankara 2018, s. 53; Abik, Yıldız, “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, *Prof. Dr. Şener AKYOL’a Armağan*, İstanbul 2011, s. 1; Baysal, Başak, “Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 8, S. 95-100, Y. 2012, s. 9.

² Çocuğun üstün yararı yerine, “çocuğun esenliği”, “çocuğun yüksek yararı”, “menfaati”, “güvenliği”, “çocuğun kendi yararı” gibi kavramlar da kullanılmaktadır.

³ 20 Kasım 1959 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından oy birliği ile kabul edilmiştir.

⁴ RG. T. 27 Ocak 1995-S. 22184 K. 94/6423. Çocuklara ilişkin ilk uluslararası sözleşme, Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından hazırlanan Çocuk Haklarına Dair Sözleşme olup, 1989 yılında imzalanmıştır. Çocuk hakları en geniş kapsamıyla, bu sözleşmede düzenlenmiştir.

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 18 inci maddesi “çocuğun bakım ve yetiştirilmesini düzenlemektedir. Buna göre, *“1. Taraf Devletler çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişmesinin sağlanmasında ana-babanın birlikte sorumluluk taşıdıkları ilkesinin tanınması için her türlü çabayı gösterirler. Çocuğun yetiştirilmesi ve geliştirilmesi sorumluluğu ilk önce ana-babaya ya da durum gerektiriyorsa yasal vasilere düşer. Bu kişiler her şeyden önce çocuğun yüksek yararını göz önünde tutarak hareket ederler.”*

Çocuğun üstün yararı ilkesi ulusal mevzuatımızda da yer almalıdır. Özellikle uygulayıcılara nasıl uygulama yapacakları konusunda mevzuat hükümleri ile yol gösterilmesi, karar verici konumunda olan ve takdir yetkisini haiz bulunan hâkimlerin bu konuyla alakalı olarak eğitilmesi doğru olacaktır⁵. Nitekim Türk Medeni Kanunu’nda da birçok hükümde çocuğun üstün yararı esas alınmaktadır. Nitekim TMK. m. 182’de, “...çocuğun özellikle sağlık, eğitim ve ahlak bakımından yararları, esas tutulur...”; m. 305’te, “...her halde küçüğün yararına bulunması ve evlat edinenin diğer çocuklarının yararlarının hakkaniyete aykırı bir biçimde zedelenmemesi...”; m. 317’de, “...küçüğün menfaati bunun sonucunda ağır biçimde zedelenmeyecekse...”; m. 324’te, “...çocuğun huzuru tehlikeye girer...”, m. 325’te, “...çocuğun menfaatine uygun düştüğü ölçüde...”; m. 337’de, “...çocuğun menfaatine göre...”; m. 339’da “...onun menfaatini göz önünde tutarak...”; m. 346’da, “...çocuğun menfaati ve gelişmesi tehlikeye düştüğü takdirde...”; m. 349’da, “...çocuğun menfaati gerektirdiğinde...” ifadeleri yer almaktadır.

Çocuğun üstün yararı ilkesinin yorumu ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Bu farklılık çocuğun üstün yararı ilkesinin uygulanmasında hangi ölçütlerin kullanılacağı, bu ölçütlerde nasıl bir sıralama yapılması gerektiği, çocuk hukukuna ilişkin diğer ilkelere göre ağırlığı gibi hususlara ilişkindir⁶. Doktrinde çocuk hukukuna ilişkin uygulamalarda “çocuğun yüksek yararı ilkesi”nin dikkate alınması gereği vurgulanmakta, bu ilkenin adeta şemsiye bir ilke niteliğinde olduğu kabul edilmektedir⁷. “Çocuğun üstün

⁵ Skivenes, Marit/ Sørdsal, Marie, “The Child’s Best Interest Principle across Child Protection Jurisdictions”, *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*, Palgrave Macmillan, Cham 2018, s. 59.

⁶ Skivenes/ Sørdsal, s. 75-76.

⁷ Erbay, Ercüment, *Çocuk Hakları*, 2. Baskı, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2019, s. 32.

yararı ilkesi”ne ilişkin pek çok tanım yapılmakla birlikte tüm uygulamalar bakımından geçerli olabilecek kapsayıcı bir tanımın yapılması olanaksız görülmektedir⁸. Bu ilke, her somut olayın özelliğine göre uygulanabilir, esnek çerçevelidir, hâkimin takdir yetkisine göre şekillenmeye açıktır⁹. “Çocuğun üstün yararı” kavramından çocuğun bedensel, zihinsel, duygusal, sosyal, kültürel, ahlaki, hukuki ve ekonomik bakımlardan sağlıklı, dengeli ve özgür bir biçimde geliştirilmesi korunup kollanması anlaşılmalıdır¹⁰.

Çocuğun üstün yararı ilkesi; çocuğun yararına olan eylem ve işlemlerin yapılması, çocuğun tarafı tutularak hareket edilmesi, çocuk için en iyi çözümün tercih edilmesi olarak ifade edilebilir¹¹. Bundan sadece çocuğun o anlık konforunun sağlanması anlaşılmalıdır. Çocuğun yararı değerlendirilirken hem an itibari ile yararı, hem uzun vadedeki yararı gözetilmelidir¹². Bir başka ifadeyle çocuğun kısa vadeli, dar ve bencil çıkarı değil de; uzun vadeli, geniş kapsamlı, gelecekteki ve toplumsal çevre içindeki çocuk yararının anlaşılması doğru olur¹³. Çocuğun üstün yararına ilişkin bir değerlendirme yapılırken, çocuk için karar verme konumundaki kişinin “çocuk yetişkinliğe erişmiş olsaydı kendisini ilgilendiren olayda, kendi yararı için nasıl bir karar verirdi?” varsayımı ile düşünülerek karara varılması doğru olur. Esasında burada çocuğun farazi iradesine en uygun olanın seçilmesi ile üstün yarara ulaşılabilmektedir¹⁴.

⁸ Akyüz, s. 53.

⁹ Akyüz, s. 53.

¹⁰ Akyüz, s. 54; Abik, s. 3.

¹¹ Yücel, Özge, “Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı Bağlamında Çocuğun İradesi”, *Ufuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S.2, s. 120.

¹² HGK. 22.1.2014 E. 2013/2085 K. 2014/30, “... Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesindeki amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır...” (Lexpera Hukuk ve İctihat Bilgi Bankası, E.T. 9.6.2022).

¹³ Akyüz, s. 54; Abik, s. 3; Karaca, s. 84.

¹⁴ “Çocuğun yararı ise; çocuğun bedensel, fikri ve ahlaki bakımdan en iyi şekilde gelişebilmesi ve böyle bir gelişmenin gerçekleştirilmesi için, çocuğa sosyal, ekonomik ve kültürel koşulların sağlanmış olmasıdır. Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken; çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı, kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar verme makamındaki kişinin de aynı yönde karar verilmesi gerekir. Yani çocuğun farazi düşüncesi esas alınacaktır.” Yargıtay 2. HD., 21.10.2019, E. 2019/3767, K. 2019/10395: “...Çocuğun bu konulardaki üstün yararını belirlerken çocuk yetişkin biri olmuş olsaydı kendisini ilgilendiren bir olayda, kendi yararı için ne gibi bir karar verebilecekti ise, çocuk için karar veren makamındaki kişinin de aynı yönde karar vermesi gerekir; yani çocuğun

B. VELAYETTE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARI

1- Velayetin Tanımı ve Özellikleri

Velayet, küçüklerin ve istisnai durumlarda kısıtlı ergin altsoyun bakımı, korunması ve çeşitli açılardan yetiştirilmesi gayesiyle, ana babanın çocuğun kişiliği ve mallarının gözetilmesi ve temsiline ilişkin olarak sahip buldukları hak, yetki ve yükümlülüklerdir¹⁵. Velayetin en öne çıkan ilk özelliği çocuğun yararına oluşudur. Zira velayetin esas varlık amacı çocuğun her bakımdan himayesinin ve gelişiminin sağlanabilmesidir; ana babanın menfaatinin sağlanması değildir¹⁶. Özellikle Yirminci Yüzyıl'ın yarısından itibaren çocuğun ebeveyninin sübjektif haklarının objesi olmadığı, hukuk düzenince çocuğun bizzat kendisinin aktif hak süjesi kabul edilmesi gerektiği düşüncesine ağırlık verilmiştir¹⁷. Bu nedenle de “velayet hakkı” kavramı egemenliği çağrıştırdığından dolayı eleştirilmektedir. Çağdaş kanunlarda bu kavram değiştirilmiştir. Örneğin Alman Medeni Kanununda (BGB) yapılan değişiklikte velayet kavramı yerini ebeveyn bakımı ve özeni anlamına gelen “erterliche sorge” kavramına bırakmıştır. İngiltere’de 1989 tarihli Çocuk Kanununda da “parental rights and duties” yerine “çocuklar için sorumluluk” anlamına gelen “parental responsibility for children” ifadesi kullanılmıştır. Hem mahkeme tarafından velâyete

farazi düşüncesi esas alınacaktır...” Yargıtay 2. Hukuk Dairesi, E. 2020/6360, K. 2021/431 (www.legalbank.net).

¹⁵ Akkurt, Sinan Sami, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 92; Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Basım, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2005, s.250; Baygın, Cem, *Soybağı Hukuku*, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010, s.259; Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Aile Hukuku*, 22. Bası, Beta Yayım, İstanbul 2020, s.406; Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku)*, 9. Basım, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s.341-342; Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 755; Yıldırım, Abdülkerim, *Türk Aile Hukuku*, 1. Basım, Savaş Yayınevi, Ankara, 2014, s.251; Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal, *Velayet Hukuku (En Son Bölge Adliye Mahkemesi ve Yargıtay Kararları İle)*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s. 21; Çatalbaş, İlay, *Türk Medeni Kanununda Velayet ve Ortak Velayet*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021, s. 36; Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2015, s. 1074; Birinci Uzun, Tuba, “Türk Medeni Kanununa Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, *Hacettepe HFD*, 6 (1), 2016, s. 137.

¹⁶ Serozan, s. 250.

¹⁷ Öztan/ Öztan, s. 473-474. Dünyada çocuğun velayetinin ana babadan hangisine verileceğine ilişkin hukukî düzenlemelerin gelişim süreci için bkz., <https://baysingerlaw.com/2018/02/tender-years-doctrine-origin-history-modern-usage-criticism/> (E.T. 14.05.2022).

ilişkin karar verilmesi sürecinde, hem de ana baba tarafından velâyetin yürütülmesi sürecinde çocuğun menfaati ön planda olmalıdır¹⁸. Velayetin anne ve babaya verdiği yetkiler, çocuğun yararı doğrultusunda kullanılmalıdır; ana baba ile çocuğun çıkarlarının çatışması durumunda çocuğun yararı doğrultusunda tercihte bulunulmalıdır. Velayetin çocuk yararına olma özelliği sayesinde çocuk hak sahibi özne olarak görülmeli, çocuğun kişiliğine saygı gösterilmeli ve onun kişiliğinin donanımlı bir şekilde geliştirilmesi sağlanmalıdır¹⁹. Velayetin ikinci özelliği bir bütünlük teşkil etmesidir. Bunun anlamı velayetin kapsadığı yetki ve görevlerin ana baba arasında paylaşılamamasıdır²⁰. Örneğin velayetin süre bakımından ya da konu bakımından paylaşılabilirliği mümkün değildir. Alman Medeni Kanununda ise 1671 inci maddede çocuğun üstün yararına olması halinde velayetin ana baba arasına paylaşılmasına olanak tanınmıştır. Velayetin bir diğer özelliği süreye bağlı oluşudur. Gerçekten de velayetin muhtevası zamanla daralır ve çocuğun ergin olmasıyla son bulur. Çocuğun zaman içerisinde fikri olgunluk seviyesi arttıkça görüşlerine verilen önem de artar²¹. Çocuğun yaşı erginliğe yaklaştıkça ana baba rehberliğine duyulan ihtiyaç azalır. Ancak bu noktada belirtilmelidir ki, hâkimin velayeti bir süre ile sınırlayabilmesi mümkün değildir. Örneğin çocuğun velayetinin belirli bir yaşa kadar annesinde kalmasına, daha sonra babaya geçeceğine hükmedilmesi mümkün değildir²². Velayetin değinilmesi gereken son özelliği ise kamu düzenine ilişkin olmasıdır. Velayet, evlenme akdinde olduğu gibi toplum düzeni ile doğrudan alakalıdır²³. Toplum bakımından ana baba ile çocuklar arasındaki ilişkilerin sağlıklı bir şekilde yürütülmesi ve çocuğun

¹⁸ Öztan, s. 1076; Birinci Uzun, s. 139.

¹⁹ Akyüz, s. 223.

²⁰ Velayetin bölünememesi, ana babanın yetkilerinin sınırlandırılmayacağı anlamına gelmez. Çocuğun yararının tehlikede olması halinde hâkim çocuğun korunması için gerekli önlemlere başvurur (bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., Zorlu, Süheyla, "Çocuğun Kişivarlığının Aile İçinde Korunması İçin Alınabilecek Önlemler", *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk*, NEÜ Yayınları, Konya 2021, 247-286).

²¹ Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi m. 12'ye göre "Taraflar Devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını bu görüşlere çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özen gösterilmek suretiyle tanırlar". Ayrıca bkz., TMK. m. 339/III, ZGB. Art. 301/I).

²² Bkz., Öztan/Öztan, s.485.

²³ Öztan, s. 1076.

sevgi dolu, hoşgörülü bir ortamda büyümesi önemlidir²⁴. Çocuğun her bakımdan (bedensel, zihinsel, duygusal ve sosyal bakımlardan) sağlıklı gelişmesi ve iyi bir eğitim alması aynı zamanda kamunun yararınıdır. Bu nedenle de hukuk sistemleri aile ilişkilerini her zaman detaylı bir şekilde ele alan düzenlemeler getirmektedir. Yine velayet kamu düzenine ilişkin olduğundan ana babanın velayetten vazgeçmesi ya da onu başkasına devretmesi mümkün değildir²⁵. Ancak hâkim tarafından gerekli görülürse hem andan hem de babadan velayet tamamen kaldırılabilir²⁶.

Medeni Kanunda hâkime velayetin tevdi edilmesinde geniş bir takdir yetkisi tanınmıştır. Bunun nedeni hayatın çok çeşitli ihtimaller dâhilinde gerçekleşmesidir²⁷. Velayetin yürütülmesinde ve boşanma halinde kime verileceğinin belirlenmesinde dikkate alınan tüm kıstaslar çocuğun üstün yararı ilkesi göz önünde bulundurularak değerlendirilmelidir²⁸. Bir görüşe göre velayetten kaynaklanan ödevleri hangi ebeveyn daha iyi bir şekilde yerine getirebilecekse, çocuğun üstün yararı bakımından velayet ona tevdi edilmelidir²⁹. Çocuğun üstün yararı doğrultusunda boşanma sonrasında velayetin ana baba tarafından birlikte yürütülmesinin de mümkün olduğu ifade edilmektedir³⁰ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu ise bir kararında³¹ çocuğun yararının tespit edilmesinde göz önünde tutulabilecek esasları belirtmiştir; “...*Bu kapsamda çocuğun cinsiyeti, doğum tarihi, eğitim durumu, kimin yanında okumakta olduğu, talepte bulunanın çocuğun eğitim durumu ile ilgilenip*

²⁴ Çocuğun gelişiminde ana/baba sevgisinin önemi hakkında detaylı bilgi için bkz. Zorlu, Süleyman/Zorlu, Süheyla. “Çocuklar İçin Sevgi Hakkı Mukayeseli Bir İnceleme”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1851-1873.

²⁵ Bkz. Akyüz, s. 225.

²⁶ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz., Zorlu, Süheyla, “Çocuğun Kişivariğinin Aile İçinde Korunması İçin Alınabilecek Önlemler”, *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk*, NEÜ Yayınları, Konya 2021, 247-286.

²⁷ Öztan/Öztan, s. 486.

²⁸ Akkurt, s.110.

²⁹ Bkz., Akkurt, s. 111.

³⁰ Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Serdar, İlknur, “Birlikte Velayet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2008, C. 10, S. 1, s. 184; Baygın, s. 265-266; Öztan, s. 1090-1091; Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Yayınevi, Ankara 2004, s. 44; Baktır, Selma, *Aile Mahkemeleri*, Yetkin Yayınevi, Ankara 2003, s. 134.

³¹ HGK. 22.01.2014, E. 2013/2- 2085 K. 2014/30 (<http://cemalettingurler.av.tr/tr/yargi-karari/esas-no-2013-2-2085-karar-no-2014-30> E.T. 20.04.2022).

*ilgilenmediği, sağlığı, sağlık durumuna göre tedavi olanaklarının kimin tarafından sağlanabileceği gibi özel durumuna ilişkin hususlar göz önünde tutulmalıdır. Velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde ana babadan kaynaklanan özelliklerin de dikkate alınması kaçınılmazdır. Bu nedenle mahkeme çocuğu başkasına bırakma, ihmal etme, kaçırma, iradi olarak terk etme, yönlendirme hususları ile tarafın velayet talebinin olup olmaması, şiddet uygulaması, sadakatsizliği, ekonomik durumu, mesleği yaşadığı ortam, kötü davranışı, alkol bağımlılığı, sağlığı, dengesiz davranışları dikkate alınmalıdır... Yeri gelmişken belirtmelidir ki, **velayetin düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almak olduğundan, çocuğun fiziksel ve ruhsal gelişimini engelleyen ve süreklilik arz edeceği anlaşılan her olay, tehlikenin büyüklüğü, doğuracağı onarılması güç sonuçlar değerlendirilerek sonuca varılmalı; velayetin belirlenmesi ve düzenlenmesinde öncelikle çocuğun yararı göz önünde tutulmalıdır...***"

Velayetin belirlenmesinde her zaman ve her koşulda korunması gereken, çocuğun bedensel, duygusal, zihinsel ve her türlü gelişimi bakımından çocuğun üstün yararadır³². Bu husus Hukuk Genel Kurulu'nun bir kararında açıkça vurgulanmıştır. Buna göre, "... Velayet görevi ve hakkı analık ve babalık haklarının kullanılmasında odak nokta, çocuğun fikren ve bedenen sağlıklı gelişmesidir. Velayetin düzenlenmesinde veya değiştirilmesinde asıl olan küçüğün yararlarını korumak ve güvence altına almaktır..."³³. Yine bir başka kararda ise; "... ayrılık ve boşanma durumunda velayetin düzenlenmesinde amaç, küçüğün ileriye dönük yararadır. Eş bir söyleyişle, velayetin düzenlenmesinde asıl olan, küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Velayet kamu düzenine ilişkin olup bu hususta ana ile babanın istek ve beyanlarından ziyade çocuğun menfaatlerinin dikkate alınması zorunludur..." ifadelerine yer verilmiştir³⁴.

³² Karaca, s. 84; Öztan/ Öztan, s. 484; Usta, s. 92.

³³ HGK. 07.06.2000, E. 2000/2-927 K. 2000/974 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 23.04.2022).

³⁴ HGK. 01.04.2015, E. 2013/2-1926 K. 2015/1139 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E. T. 23.04.2022). Benzer şekilde Hukuk Genel Kurulu 27.09. 2018 tarih ve E. 2018/483 K. 2018/1356 numaralı kararında, BM. Çocuk Hakları Sözleşmesi'nin 12 nci maddesi ile Çocuk Haklarının Kullanılmasına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3. maddesine değinerek önemli olanın çocuğun yararı olduğuna, "...Ayrılık ve boşanma durumunda velayetin

Ayrıca öğretide çocuğun yüksek yararı ilkesine alternatif olarak, hâkimin çocuk için “en az zararlı seçimi” yapması gerektiği ileri sürülmüştür. Bu görüşe göre, velayet davası zaten kazananın olmadığı ve çocuk bakımından yıpratıcı bir süreçtir. Hâkim çocuğa en az zararlı olacak durumu belirleyip, çocuğun sağlıklı gelişme şansına yönelik ilerideki zararları bir an evvel önlemelidir³⁵.

C. VELAYETİN BELİRLENMESİNDE ÇOCUĞUN ÜSTÜN YARARININ BELİRLENMESİNE YARAYAN ALT ÖLÇÜTLER

1- GENEL AÇIKLAMA

Hâkim çocuğun velayetine ilişkin karar verirken çocuğun üstün yararı doğrultusunda bu kararı vermelidir. Çocuğun üstün yararı ilkesinin belirsiz oluşu, karar vermede rehber bir ilke olması bakımından güçlüğü neden olmaktadır. Karar verici konumda olanlar bakımından bir çocuğun üstün yararının belirlenmesinde beslenme, bağlanma, eğitim, ahlâki ve zihinsel gelişim bakımından uzman değerlendirmesi gibi göz önünde bulundurulması gereken pek çok ölçüt vardır³⁶. Çocuk Hakları Komitesi karar mekanizmasında olanlar için çocuğun yüksek yararının belirlenmesinde göz önünde bulundurulması gereken unsurları belirlemiştir. Buna göre çocuğun görüşü, çocuğun kimliği, aile ortamının korunması ve ilişkilerin sürdürülmesi, çocuğun bakımı, korunması ve güvenliği, savunmasızlık durumu, çocuğun sağlık hakkı ve çocuğun eğitim hakkı göz önünde bulundurulmalıdır³⁷. Velayetin tevdiinde de hâkimin karar verme sürecinde bu doğrultuda kullanabileceği/kullanmasının zorunlu olduğu ve çocuğun üstün yararının belirlenebilmesini sağlayan alt ölçütler vardır. Hâkim bu ölçütler çerçevesinde değerlendirme yaparken ana ya da babaya veya çocuğa sorular sormalı, kritik öneme sahip

düzenlenmesinde amaç, küçüğün ileriye dönük yararlarıdır. Başka bir anlatımla velayetin düzenlenmesinde asıl olan küçüğün yararını korumak ve geleceğini güvence altına almaktır. Öte yandan TMK'nın 335 ile 351. maddeleri arasında düzenlenen 'velayet'e dair hükümler kural olarak kamu düzenine ilişkindir ve velayete dair davalarda resen(kendiliğinden) araştırma ilkesi uygulandığından hâkim tarafların istemi ile bağlı değildir. Velayet düzenlemesine ilişkin istemler incelenirken ebeveynlerin istek ve tercihlerinden ziyade çocuğun üstün yararı göz önünde tutulur..." ifadeleriyle yer vermiştir (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 23.4.2022).

³⁵ Bu konu hakkında bkz. Goldstein, Joseph/ Anna, Freud/ Albert, J. Solnit, *Beyond the Best Interest of the Child*, New York: The Free Press, 1973, s. 996-1015.

³⁶ Skivenes/ Sørdsal, s. 60.

³⁷ Bkz. Skivenes/ Sørdsal, s. 63.

olan sorulara verilen cevaplarla çocuğun ve ebeveyninin içinde bulunduğu durumu tam olarak anlamaya çalışmalıdır.

2- ÇOCUK BAKIMINDAN DİKKATE ALINACAK ÖLÇÜTLER

a) Çocuğun Görüşü

Mahkeme tarafından velayete ilişkin karar tesis edilirken ilk olarak olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşünün alınması gerekmektedir³⁸. Çocuğun görüşünün alınması aynı zamanda katılım hakkının bir gereğidir³⁹ ve bir çok ülkenin konuyla alakalı yasal düzenlemelerinde yer almaktadır⁴⁰. Nitekim çocuğun yararı tespit edilirken, olgunluğu ölçüsünde çocuğun görüşüne önem vermek, onun iradesinin ne yönde olduğunu anlamak gerekmektedir⁴¹. Çocuğun görüşünü dinlemek ve anlamak için belli bir yaş şartı öngörülmemiştir; her somut olayda bunun değerlendirilmesi gerekmektedir⁴². Ancak çocuk beş yaşından küçükse sadece ana babanın ısrarlı talebi varsa ya da çok önemli bir neden söz konusuysa dinlenmelidir⁴³. Çocuğun velayetinin tevdiinde çocuğun menfaatinin doğru bir şekilde belirlenebilmesi için hem uygulamada, hem de öğretide “*çocuğun dinlenmesi ve yüksek yararına ters düşmediği hallerde kendisinin düşüncesinin de gözönünde tutulması görüşü*” üzerinde mutakabat vardır⁴⁴.

³⁸ Öztan/Öztan, s. 488; Öztan, s. 1077; Akkurt, s. 116.

³⁹ Katılım hakkı ile ilgili detaylı bilgi için bkz., Akyüz, s. 60 vd.

⁴⁰ Detaylı bilgi için bkz. Skivenes/ Sørdsal, s. 71.

⁴¹ Yücel, s. 122. Ancak belirtilmelidir ki çocuğun isteği menfaatine uygun olmayabilir. Çocuğun isteği menfaatine aykırı ise bu durumda isteğinden farklı bir karara da hükmedilebilir. Bkz. 2. HD. 12.12.2019, E. 2019/5178 K. 2019/12215, “...Velayeti anneye verilen ortak çocuk Mert’in davalı baba yanında kaldığı anlaşılmaktadır. Ortak çocuk idrak çağında olup, bizzat duruşmada ve uzmanla yaptıkları görüşmede, babasının yanında kalmak istediğini ifade etmiştir. Çocuğun tercih ve görüşüne önem verilmemesini gerektiren, menfaatine aykırı bir husus bulunmamaktadır. Bu durumda baba yanında kalan Mert’in velayetinin anneden alınarak babaya verilmesi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 8.5.2022); ayrıca bkz. HGK. 13.11.2013, E. 2013/2-1772 K. 2013/1557 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 8.5.2022); HGK. 23.5.2018, E. 2017/2-1567 K. 2018/1132 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 8.5.2022); 2. HD. 23.10.2019, E. 2019/2417 K. 2019/10502 (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 8.5.2022).

⁴² Bkz. Öztan/Öztan, s. 489.

⁴³ Öztan/ Öztan, s. 493.

⁴⁴ Bkz. Grassinger, Elçin Gülçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan, İstanbul 2010, s. 824 vd.; Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat, “Boşanmada Velayetin Tevdi”, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, s. 473.

Çocuğun aklî olgunluğu ölçüsünde görüşünün alınması için konu kendisini ilgilendirmelidir. Ayrıca doğrudan çocuğun yararına ilişkin olan bir konuda onun görüşünün alınmaması kişiliğine yapılan bir müdahale niteliğindedir⁴⁵. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12 ve 13 üncü maddelerinde açıkça çocuğun görüşünün alınması hususuna değinilmiştir. Anılan Sözleşmenin 12 nci maddesine göre “*Taraf devletler, görüşlerini oluşturma yeteneğine sahip çocuğun kendini ilgilendiren her konuda görüşlerini serbestçe ifade etme hakkını, bu görüşlere, çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine uygun olarak, gereken özeni gösterilmek suretiyle tanırırlar*”. Yine aynı Sözleşmenin 13 üncü maddesine göre, “*Çocuk düşüncesini özgürce açıklama hakkına sahiptir; bu hak, ülke sınırlarına bağlı olmaksızın; yazılı, sözlü, basılı, sanatsal biçimde veya çocuğun seçeceği başka bir araçla her türlü haber ve düşüncelerin araştırılması, elde edilmesi ve verilmesi özgürlüğünü içerir.*” Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi çocuğa ilişkin konularda, çocuğun görüşlerine ne ölçüde ağırlık tanınacağına karar verilirken yaş ve olgunluk düzeyi ölçütlerinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir. Yine Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi de adli mercilerin çocuğa ilişkin bir karar verirken çocuğun görüşünü beyan etmesine ve bu görüşe gereken önemin verilmesine ilişkin hüküm içermektedir⁴⁶.

⁴⁵ Dede, İsmail, *Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019, s. 60.

⁴⁶ Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi m. 6, “*Madde 6 – Karar süreci*
Bir çocuğu ilgilendiren davalarda adli merci, bir karar almadan önce :

a) Çocuğun yüksek çıkarına uygun karar almak için yeterli bilgiye sahip olup olmadığını kontrol etmeli ve gerektiğinde özellikle velayet sorumluluğunu elinde bulunduranlardan ek bilgi sağlamalıdır.

b) Çocuğun iç hukuk tarafından yeterli idrak gücüne sahip olduğunun kabul edildiği durumlarda,

- çocuğun bütün gerekli bilgiyi edindiğinden emin olmalıdır.

- çocuğun yüksek çıkarına açıkça ters düşmediği takdirde, gerekirse kendine veya diğer şahıs ve kurumlar vasıtasıyla, çocuk için elverişli durumlarda ve onun kavrayışına uygun bir tarzda çocuğa danışmalıdır.

- çocuğun görüşünü ifade etmesine müsaade etmelidir.

c) Çocuğun ifade ettiği görüşe gereken önemi vermelidir.” (bkz. <https://www5.tbmm.gov.tr/kanunlar/k4620.html> E.T. 6.5.2022). Ayrıca bkz. Bkz. 2. HD. 8.11.2005, E. 2005/12496, K. 2005/15273, “Müşterek çocuk 15 yaşında olup görüşlerini açıklama olgunluğuna sahiptir. Çocuk Haklarının Kullanılmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi’nin 3. maddesi gereğince çocuğa velayet konusunun düzenlenmesi için görüşü sorulmalıdır” (Lexpera Hukuk ve İhtihat Bilgi Bankası, E.T. 27.4.2022).

Ulusal hukukumuz bakımından ise Anayasa m. 25, m. 26, m. 36 hükümleri yargı mercileri nezdinde çocuğun görüşünü bildirme ve dinlenme hakkının teminat altına alındığı hükümlerdir. Velayetin belirlenmesinde ya da kişisel ilişkinin tesisinde çocuğun görüşünün alınmasına ilişkin Türk Medeni Kanununda özel bir hükmün yer almaması bazı yazarlar tarafından eleştirilmektedir⁴⁷. Çocuğun velayetinin değerlendirildiği davada hâkim yalnızca usulî eksikliğin giderilmesi amacıyla çocuğu dinlememelidir⁴⁸. Burada hâkimin esas gayesi çocuğun menfaatinin tespit edilmesi olduğundan, gerekirse çocuğa sorular da yöneltilerek onun esas arzusunun anlaşılması amaçlanmalıdır⁴⁹. Çocuğun görüşünü bildirmesi niteliği gereği bir hak olduğundan, çocuğun arzusunun bildirmeye zorlanması da mümkün değildir⁵⁰. Çocuğun görüşünün anlaşılabilmesi için dinlenmesi, çocuğun büyük oranda olumsuz etkilenmesine neden olacaksa, bundan vazgeçilebilir. Çocuğun dinlenmesi ve görüşünün sorulmasından elde edilecek menfaat, göreceği olumsuz etkiden önemli ölçüde az ise çocuk dinlenmemelidir⁵¹.

Görüşü alınacak olan çocuk öncelikle konuyla ilgili olarak bilgilendirilmiş olmalıdır. Bilgilendirmenin ardından görüşü alınmalıdır⁵². Ancak çocuğun görüşünün alınarak onun menfaatinin anlaşılmasına çalışılması uzmanlık gerektirmektedir. Bu nedenle çocuk pedagog, psikolog ve sosyal hizmet uzmanı gibi uzman desteğiyle dinlenmeli, çocuğun yararı gerektirmedikçe çocuğun

⁴⁷ Bkz., Öztan/Öztan, s. 476.

⁴⁸ Hakim çocuğu bizzat dinleyerek görüşünü araştırabilir ya da, çocuk psikoloğu veya başka bir uzman tarafından dinlenmesine ve rapor alınmasına da karar verebilir (Bu konu hakkında bkz. Öztan/Öztan, s. 490-491).

⁴⁹ Yücel, s. 26.

⁵⁰ Bkz. Öztan/ Öztan, s. 490. Uygulamada çocuğun görüş bildirmeye zorlanması eleştirilmektedir (Bkz. Akipek Öcal/ Güneş, s. 111).

⁵¹ Öztan/ Öztan, s. 490.

⁵² Serozan, s. 70; Yücel, s. 20. 2. HD. 9.4.2019, E. 2018/2890, K. 2019/4281 “...Oysa mahkemeye yapılması gereken yeniden 4787 sayılı Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 5. maddesi gereğince Aile Mahkemesi bünyesinde bulunan psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan uzmanlardan; ortak çocukların ve annenin yaşam koşulları birbirleriyle ilişkileri, anne ve babanın durumu konusunda rapor alınması ve idrak çağında olan ortak çocukların olası sonuçları hakkında bilgilendirilmek suretiyle velayeti ile ilgili tercihlerinin sorularak diğer delillerle birlikte değerlendirilmek suretiyle velayet konusunda bir karar verilmesi gerekirken, eksik inceleme ve araştırma ile yazılı şekilde hüküm kurulması doğru olmayıp, bozmayı gerektirmiştir...” (Lexpera Hukuk ve İçtihat Bilgi Bankası, E.T. 6.5.2022).

mahkemeye getirilmesinden kaçınılmalıdır⁵³. Eğer çocuğun yaşı küçükse ve çocuk kendisini gerektiği gibi ifade edemiyorsa, menfaatinin ve isteğinin anlaşılabilmesi bakımından oynadığı oyundan, çizdiği resimden yola çıkılarak değerlendirme yapılmalı; bunun için ise mutlaka uzmandan yardım alınmalıdır⁵⁴. Çocuk boşanma aşamasında olan ebeveynlerinden oldukça fazla etkileneceği, onların baskısına maruz kalabileceği için, onun gerçek arzusunun ve menfaatinin tespit edilebilmesi de güçtür⁵⁵. Bu nedenle uzmanın titizlikle değerlendirme yapması önem arz etmektedir. Hatta boşanma sürecinde çocuğun baskıya maruz kalmasına engel olmak için aile danışmanının yönlendirmesiyle hareket edilerek velayetin belirlenmesi ile boşanmanın farklı süreçler olduğu anne babaya hatırlatılmalı; çocuğun mümkün olduğu ölçüde çatışmanın dışında kalması sağlanmalıdır⁵⁶. Çocuğun kiminle yaşamak istediği araştırılırken bu isteğin onun gerçek isteği mi, yoksa ana ya da babadan bir tanesinin kendisine daha fazla özgürlük alanı bırakmasından veya maddi olanakların daha iyi olmasından mı kaynaklandığı irdelenmelidir⁵⁷.

Çocuğun yaşı ilerledikçe, muhakeme yeteneği ve olgunluk seviyesi artar, bu nedenle çocuğun üstün yararı ilkesinin önemi azalır. Zira çocuk artık kendi yararına olanı anlayabilmekte⁵⁸, ebeveynlerinin etkisinden bir nebze de olsa kurtularak menfaati doğrultusunda tercihte bulunabilmektedir⁵⁹. Çocuğun görüşünü bildirmek

⁵³ Koçyıldırım, Göktaş/ Üstün, Özge, “Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı ve Yorumlanması, Çalıştay Raporu 2, Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?”, *Ankara Barosu*, Ankara 2021, s. 70 vd. Ayrıca Yargıtay Hukuk Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında Çocuk Haklarına Dair Sözleşme'nin 12. maddesine, Çocuk Haklarına Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 3. Maddesine dayanarak pedagog tarafından görüşü alındıktan sonra çocuğun yeniden görüşünün alınmasının, mahkeme huzurunda tekrar dinlenilmesinin onun üstün yararı ile bağdaşmayacağını ifade etmiştir (bkz. HGK. 21/02/2019, E. 2018/1072 K. 2019/185), (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 6.5.2021).

⁵⁴ Polat, Oğuz/ Gündoğan, Evin, “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, *TBBB*, Y. 2015, S.118. s.248; Çopur, Onat, “Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?”, *Ankara Barosu*, Ankara 2021, s. 26.

⁵⁵ Çelikel, s. 84.

⁵⁶ Akipek Öcal/ Güneş, s. 115.

⁵⁷ Öztan/Öztan, s. 487.

⁵⁸ Akyüz, s. 58.

⁵⁹ Bkz. HGK. 27.9.2018, E. 2018/483 K. 2018/1356, “...Somut olayda da, 2008 doğumlu olan müşterek çocuk dava tarihinde 5 yaşında olmakla birlikte inceleme tarihi itibarıyla 10 yaşında olup hâli hazırda idrak çağındadır. Bu durumda mahkemece yapılacak iş; yeterli idrak gücüne sahip olduğu kabul edilen çocuğa, kendisini doğrudan ilgilendiren velayet konusunda

istememesi, bir tercihte bulunmaması da söz konusu olabilir. Bu durum da anlayışla ve saygıyla karşılanmalıdır. Çocuk isteğini ifade edememekteyse, çocuğun içinde bulunduğu koşullar değerlendirilmeli, çocuğun açıklamaları ile tavırları birlikte dikkate alınmalı, uzman yardımıyla bir kanaate varılmalıdır⁶⁰. Diğer taraftan çocuğun görüşünü açıklamaya teşvik edilmesi ve dinlenmek istenmesi onu olumsuz etkileyecekse ve psikolojik bakımdan travmatik etki doğuracaksa, çocuğun dinlenmemesine karar verilmelidir⁶¹.

Çocuk Türkçe bilmiyorsa, çocuğun isteğinin belirlenebilmesi için uzman yardımının yanı sıra tercümandan da yararlanılmalıdır⁶². Çocukla ve ana babayla iletişim kurulmadan, tercüman yardımı almadan, sadece ev ziyaretinden edinilen izlenim doğrultusunda uzman raporu alınması doğru olmayacaktır⁶³. Böyle bir uygulamanın yapılması hem uzmanların bu tarz davalardaki varlık amacına, hem de çocuğun üstün yararına aykırı olur. Çocuk engelli ise ya da özel çocuklardan ise uzman yardımı alınarak çocuğun kendisini rahat bir şekilde ifade edebileceği bir ortam sunulmalıdır⁶⁴.

b) Çocuğun İhtiyaçları, İçinde Bulunduğu Özel Durum ve Sağlık Durumu

Çocuğun ihtiyacı kavramını net olarak ortaya koyma imkânı bulunmamaktadır⁶⁵. Esasında çocuğun üstün yararı geniş anlamda çocuğun ihtiyaçları ve bakımı ile ilgilidir. Ancak bu çalışma bakımından fiziksel, duygusal, düşünsel ve eğitimsel ihtiyaçlarla sınırlı tutmak doğru olacaktır. Velayetin tevdiinde tüm bu ihtiyaçları göz önünde bulundurulmalı ve ihtiyaçlarının en çok karşılanabileceği ebeveyn tercih edilmelidir. Çocuğun özel

danışılarak, görüşünü gerekçeleriyle birlikte ifade etme olanağının sağlanması; ifade edeceği bu görüşün, çocuğun kendi çıkarına ters düşmediği takdirde, buna önem verilerek sonucuna göre bir karar verilmesi olmalıdır...”, (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, 7.5.2022).

⁶⁰ Çelikel, s. 85.

⁶¹ Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat, Boşanmada Velayetin Tevdi, Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C.1, S. 2, s. 490.

⁶² Akipek Öcal, Şebnem/ Güneş, Zeynep Naz, “Velayet Davalarında Çocuğun Yararı İlkesinin Gözetilmesi, Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?”, *Çalıştay Raporu 5, Ankara Barosu, Ankara 2021*, s. 111.

⁶³ Aynı yönde görüş için bkz. Akipek Öcal/ Güneş, s. 111.

⁶⁴ Karaca, s. 92.

⁶⁵ Skivenes/ Sørdsal, s. 71-72.

ihtiyaçlarının bulunması halinde hâkimin daha titiz bir değerlendirme yapma gerekliliği vurgulanmalıdır. Örneğin çocuğun engellilik hali ya da disleksi, otizm, down sendromu, öğrenme güçlüğü, dikkat eksikliği ve hiperaktivite bozukluğu gibi özel durumların varlığı halinde velayete ilişkin hüküm tesis edilirken bu özel durumun gerektirdiği ihtiyaçlar göz önünde bulundurulmalıdır⁶⁶. Yine ana babanın ayrı şehirlerde yaşıyor olması durumunda da çocuğun ihtiyaçlarının karşılanabilmesi, eğitim ve sağlık durumunun risk altına girmemesi için çocuğun menfaatine uygun velayet ve kişisel ilişki kararının tesis edilmesi önem arz eder.

Özellikle çocuğun sağlık durumuna ilişkin gereklilikler velayetin belirlenmesinde önem arz eder. Örneğin diyalize girmedi olduğu gibi çocuğun sağlık problemi sıklıkla bir sağlık kuruluşunu ziyareti gerekli kılıyorsa, tedavinin aksamaması için bu imkâna erişimden uzakta yaşayan ebeveyn velayette tercih edilmemelidir. Velayete karar verilirken çocuğun tedavisi ve engellilik durumu göz önünde bulundurulur, tedavi ve bakım olanakları dikkate alınarak değerlendirme yapılır. Çocuğun sağlık problemi karşısında ana ya da babanın bakım ve tedaviye ilişkin bilgi ve yetenekleri de dikkate alınmalıdır. Örneğin anne ya da babanın sağlık hizmetlerine ilişkin eğitim almış olması, daha sabırlı ve soğukkanlı yaklaşım göstermesi, çocuğun kullandığı ilaçları, alerjileri ve hassasiyetleri konusunda daha iyi bilgi sahibi olması halinde velayette onun tercih edilmesi doğru olacaktır⁶⁷. Yargıtay vermiş olduğu kararda çocuğun sağlık durumu özel ihtimam gerektiriyorsa, velayette

⁶⁶ 2. HD. 11.3.2019, E. 2018/4570, K. 2019/2504, "...Ortak çocuk 2008 doğumlu Utku, otizm hastası olup % 80 özürlü raporu bulunmaktadır. Mahkemece alınan ilk sosyal inceleme raporu sonrasında velayetin tedbiren davacı babaya verilmesine karar verilmiş, sonrasında alınan sosyal inceleme raporlarında da davacı babanın çocuğu ile ilgili olduğu, çocuğun bulunduğu ortamda mutlu olduğu, ihtiyaçlarının karşılandığı ve mevcut yaşam koşullarının ortak çocuğun gelişimini engelleyebilecek unsurları barındırmadığı bildirilmiştir..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 30.05.2022).

⁶⁷ 2. HD. 6.5.2003, E. 2003/3684 K. 2003/6706, "...müşterek çocuk 7.4.1993 doğumlu Alper'in velayeti babaya bırakılmıştır. Velayet düzenlenirken analık babalık duygularından önce küçüğün bedeni ve fikri gelişimine öncelik verilmelidir. Alper'in astım hastası olduğu, babanın geceleri gitar çalarak hayatını kazandığı, küçüğe yeterli zaman ayıramadığı anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu durum karşısında Alper'in velayetinin anneye (davacıya) bırakılıp, baba ile uygun bir ilişki kurulması gerekir..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022).

onunla yakından ilgilenen tarafı tercih edileceğini açıkça ortaya koymuştur⁶⁸.

c) Çocuğun Yaşı

Velayetin ana ya da babadan hangisine verileceği belirlenirken dikkate alınacak önemli ölçütlerden birisi çocuğun yaşıdır⁶⁹. Bu ölçüt hem hangi ebeveyne ihtiyacının daha fazla olduğunu belirlemek açısından, hem çocuğun isteklerini dile getirebilmesi açısından önem taşımaktadır⁷⁰. Nitekim örneğin anne sütü ihtiyacı içerisinde olan bir yeni doğanın bu dönemde anneye daha çok ihtiyaç duyduğu açıktır, dolayısıyla velayet anneye verilmesi tercih edilmelidir. Günümüzde velayette ana baba her ne kadar eşit haklara sahip olsa da, yaşı küçük çocuğun velayetinin, çocuğun yararını tamamen aykırı bir durum olmadıkça, anaya verilmesi gerekliliği kabul edilmektedir⁷¹. Ancak bu kat'i bir kural olmamalıdır. Zira bu dönemde çocuğun velayetinin anneye

⁶⁸ 2. HD. 11.3.2019, E. 2018/4570 K. 2019/2504, "...Ortak çocuk 2008 doğumlu Utku, otizm hastası olup % 80 özürlü raporu bulunmaktadır. Mahkemece alınan ilk sosyal inceleme raporu sonrasında velayetin tedbiren davacı babaya verilmesine karar verilmiş, sonrasında alınan sosyal inceleme raporlarında da davacı babanın çocuğu ile ilgili olduğu, çocuğun bulunduğu ortamda mutlu olduğu, ihtiyaçlarının karşılandığı ve mevcut yaşam koşullarının ortak çocuğun gelişimini engelleyebilecek unsurları barındırmadığı bildirilmiştir. Bir kısım davacı tanıkları da çocuğun bakımı ile genelde babaannesinin ilgilendiğini, davalı annenin çocuğun bakımı ile ilgilenmediğini, çocuğa hakaret ettiğini, altına yaptığında çocuğa yemek vermediğini beyan etmişlerdir. Bu nedenlerle ve çocuğun uzun süredir baba yanında yaşadığı, bulunduğu ortama alıştığı da göz önüne alındığında ortak çocuk 2008 doğumlu Utku'nun velayetinin Türk Medeni Kanunu'nun 182 ve 336/2 maddeleri uyarınca davacı babaya bırakılması gerekirken annenin velayetine bırakılması usul ve yasaya aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..."(Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022).

⁶⁹ Gençcan, Ömer Uğur, Velayet Hukuku, 2. Baskı, Ankara 2020, s. 221; Çelikel, Serdar, Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s.70; Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s.366. Dört yaşından küçük çocukların velayetinin yalnızca anaya verilmesini savunan bir görüş de vardır. Bkz. Walker, Timoty B. "Measuring the Child's Best Interests- A Study of Incomplete Considerations", Denver Law Journal, 44, 1967, s. 135; <https://hukuktar.org/2018/06/28/tender-years-doktrini-kokeni-tarihi-modern-kullanimielestirisi/> (E.T. 24.04.2022); Artis, Julie E., "Judging The Best Interests of Child: Judges' Accounts of The Tender Years Doctrine", *Law and Society Review*, Vol.38, No.4, December 2004, s.769 – 806.

⁷⁰ Walker, s. 135.

⁷¹ HGK. 4.4.2001, E. 2001/2-308, K. 2001/331; "Velayetin düzenlenmesinde çocuğun yararı esas alınır. Henüz bir yaşını bitirmemiş anne bakım ve şefkatine muhtaç küçüğün velayetinin babaya verilmesi isabetsizdir"; 2. HD. 10.09.2018, E. 2016/21866, K. 2018/8331, "...ana bakım şefkatine muhtaç 15.11.2013 doğumlu ...'nın Türk Medeni Kanunu 182. ve 336/3 maddeleri uyarınca velayetinin anneye verilmesi gerekirken babanın velayetine bırakılması usul ve kanuna aykırı olup bozmayı gerektirmiştir..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 24.04.2022).

verilmesinin çocuk bakımından tehlikeli olacağı ya da çocuğun gelişimi bakımından olumsuz etki doğuracağı inandırıcı delillerle ispat edilebiliyorsa, bu durumda çocuğun babaya verilmesine hükmedilebilir. Annenin toplumun değer yargılarıyla çelişen davranışları, küçük yaşlardaki çocuğun velayetinin anneye verilmesine engel olmamalıdır⁷². Diğer taraftan annenin çocuğun bakımına bir katkısı bulunmamaktaysa, fiilen çocuğun bakımı ile uzun süredir baba ilgilenmekteyse sadece çocuğun yaşının küçük olması velayetin anneye verilmesi için yeterli sebep teşkil etmeyecektir⁷³.

ç) Çocuğun Cinsiyeti

Çocuğun cinsiyeti velayetin belirlenmesinde etkili bir kriter olmakla birlikte, sadece cinsiyet dikkate alınarak kız çocuğunun anneye, erkek çocuğunun babaya bırakılması, ya da tam tersi bir uygulamanın yapılması doğru olmaz⁷⁴. Kız çocuğunun da, erkek çocuğunun da hayatının her döneminde hem annesinden hem de babasından elde edebileceği pek çok kazanım bulunmaktadır. Bu nedenle kanaatimce cinsiyete göre değerlendirme yaparak bir karara varmak yerine, özellikle toplumsal cinsiyet rollerini bir kenara bırakarak, çocuğun yararı doğrultusunda diğer ölçütlerin de dikkate alınması suretiyle bir sonuca ulaşılması doğru olacaktır.

d) Çocuğun Alıştığı Çevrenin Korunması

Boşanma sürecinde de ana babası anlaşmazlık yaşayan çocuk bunun sonucunda ebeveynlerden bir tanesinden ayrılmak durumunda kalmaktadır⁷⁵. Bunun yanında bir de çocuğun alışmış olduğu okuldan, öğretmen ve arkadaşlarından ayrılması ruhsal bakımdan olumsuz etkilenmesine neden olabilir⁷⁶. Halbuki çocuğun gelişimi bakımından aile, okul ve bunun dışında kalan ortamında istikrarın bulunması önemlidir⁷⁷. Nitekim istikrar ve kalıcılık çocuğun yetiştirilmesinde ve gelişiminde haiz olduğu

⁷² Baygın, s. 366-367.

⁷³ Çelikel, Serdar, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012, s. 50.

⁷⁴ Yücel, Yeliz, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018, s. 86.

⁷⁵ Yücel, s. 86.

⁷⁶ Yücel, s. 86.

⁷⁷ Öztan/Öztan, s. 486.

önem dolayısıyla çocukla ilgili karar alma sürecinde pek çok ülkede göz önünde bulundurulmaktadır⁷⁸. Çocuğun velayetinin belirlenmesine ilişkin değerlendirme yapılırken, alıştığı çevrenin korunmasına özen gösterilmelidir⁷⁹. Çocuğun alıştığı çevrede kalmaya devam etmesi çocuğun üstün yararı ilkesinin bir gereğidir ve Yargıtay'ın da vermiş olduğu kararlarda bunu önemseydiği görülmektedir⁸⁰.

Çocuğun velayeti bırakılacak olan ana ya da baba sürekli yer değiştiriyorsa, bu durum da çocuğun olumsuz etkilenmesine neden olacaktır. Ayrıca bu durum eğitim çağındaki çocuğun eğitiminin aksamasına yol açacaktır. Çocuğun üstün yararı ilkesi gereğince çocuk ile uzun zamandır birebir ilgilenen ebeveyn tercih edilmelidir. Zira çocuğun büyüüp geliştiği, okula gittiği, arkadaşlar edindiği, aidiyet duyduğu çevrenin değişimi çocuğun psikolojisini olumsuz etkileyecek ve kişiliğini geliştirme hakkına aykırı olacaktır⁸¹.

e) Kardeşlerin Ayrılmaması

Kardeşlerin ayrılması çocukların ailenin tamamen parçalandığı korkusuna kapılmalarına neden olmaktadır⁸². Birlikte yaşamlarını sürdüren kardeşlerin ana babalarının boşanması nedeniyle ayrılmaları ve ilişkilerinin kopması boşanmanın onlar üzerindeki travmatik etkisinin çok daha ağır olmasına neden olacaktır⁸³. Belirtilmelidir ki burada bahse konu olan kardeş üvey kardeş de olabilir; hatta ana/baba tarafından evlat edinilmiş olan bir çocuk da

⁷⁸ Bkz., Skivenes/ Sørdsal, s. 72-73.

⁷⁹ Gençcan, s. 193; Yücel, s. 86; Baygın, s. 368.

⁸⁰ 2. HD. 20.01.2021, E. 2020/6360 K. 2021/431, "...yargılama süreci boyunca tarafların ortak çocuklarının davacı-karşı davalı anne yanında kaldıkları sabittir. Mahkemece alınan sosyal inceleme raporunda, çocukların anne yanında kalmalarının fiziksel, sosyal, kültürel ve psikolojik gelişmelerini olumsuz etkileyeceği hususu ispatlanmamış olup, duruşmada dinlenen ortak çocukların da velayet hususunda ebeveynleri arasında seçim yapmak istemedikleri anlaşılmaktadır. Davalı-karşı davacı babanın ise kendisine yeni bir aile düzeni kurmuş olması ve çocukların alıştıkları çevreden ayrılmaması ilkeleri bir arada değerlendirildiğinde ortak çocuklar Hasan ve Ahmet Emre'nin velayetlerinin davacı-karşı davalı anneye verilmesi gerekirken yanılığlı değerlendirmelerle davalı-karşı davacı babaya verilmesi doğru görülmemiş, kararın bu yönüyle bozulmasına karar vermek gerekmiştir..." (Lexpera Hukuk ve İçtihat Bilgi Bankası, E. T. 8.5.2022); ayrıca bkz. 2. HD. 22.3.2012, E. 2011/8287, K. 2012/6749 (Lexpera Hukuk ve İçtihat Bilgi Bankası, E. T. 8.5.2022)

⁸¹ Gençcan, s. 193; Er Kıdak, s. 97.

⁸² Yücel, s. 88; Akyüz, s. 232; Çelikel, s. 92.

⁸³ Çelikel, s. 92; Akyüz, s. 232; Yücel, s. 88.

olabilir. Zira çocuk uzun bir zamanı üvey kardeşleri ile geçirmişse, aralarında bir bağ oluşmuşsa ve ondan/onlardan ayrılmak istemiyorsa, velayete ilişkin karar tesis edilirken bu durum da dikkate alınmalıdır.

Velayet davasında, çocuğun kardeşlerinden ayrılması yerine, kardeşleri ile aynı ortamda yaşamasının onun yararına daha uygun olduğu gözetilmelidir⁸⁴. Kardeşlerin bir arada bulunmasının, kardeşlerin gelişimlerdeki rolü göz önünde bulundurularak velayetin belirlenmesinde değerlendirme yapılmalıdır. Yargıtay da vermiş olduğu kararlarda “kardeşlerin birbirinden ayrılmaması ilkesi”ni göz önünde bulundurmaktadır ve önemli bir neden yoksa, çocuğun yararına aykırılık bulunmuyorsa kardeş olan çocukların birbirlerinden ayrılmaması gerekliliği vurgulanmaktadır⁸⁵. Velayet kendisine bırakılan ebeveynin çocukların tamamına bakabilecek maddi olanağa sahip olmaması, kardeşlerin ayrılmasına gerekçe olmamalı, maddi olanaksızlık sorunu nafakaya karar verilmesi ile çözüme kavuşturulmalıdır⁸⁶.

⁸⁴ 2. HD. 12.12.2018, E. 2018/4057 K. 2018/14462 “...Velayetin belirlenmesinde çocukların kardeşlik ve paylaşım duygusunun gelişimi için çocuğun üstün yararı gerektirmediği takdirde “kardeşlerin birbirinden ayrılmaması ilkesi” esastır. Kardeşlerin birbirinden ayrılmasının onların bedeni ve ruhi gelişimlerine olumsuz etki yapacağı kuşkusuzdur. Açıklanan nedenlerle ortak çocuk 2009 doğumlu ...’un velayetinin de davalı anneye verilmesi gerekirken davacı babaya verilmesi isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022).

⁸⁵ HGK. 17.01.2019, E. 2017/2-2066 K. 2019/15, “...annenin Almanya’da yaşadığı ortamın belirsizliği ve küçüğün alıştığı çevre ile kardeşlerinden ayrılmaması hususları dikkate alındığında Özel Daire bozma kararının doğru olduğu görüşleri ileri sürülmüş ise de bu görüşler Kurul çoğunluğunca benimsenmemiştir...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022); 2. HD. 12.12.2018, E. 2018/4057 K. 2018/14462, “...Velayetin düzenlenmesinde, çocukların kardeşlik ve paylaşım duygusunun gelişimi için çocuğun üstün yararının gerektirmediği takdirde kardeşlerin birbirinden ayrılmaması ilkesi esastır. Kardeşlerin birbirinden ayrılmasının onların bedeni ve ruhi gelişimlerine olumsuz etki yapacağı kuşkusuzdur...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022); 2. HD. 22.10.2018, E. 2017/4920 K. 2018/11648, “...Velayet düzenlemesinde asıl olan çocukların yararlarıdır ve bu düzenlemede ana ve babanın yararı ile çocuğun yararı çatıştığı takdirde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir. Çocuğun üstün yararı gerektirdiği takdirde görüşlerinin aksine karar verilmesi de mümkündür. Bu nedenle çocuğun velayeti konusunda mahkemece görüşünün alınması bu görüşün değerlendirilmesi ve ayrıca çocuğun üstün yararının tespiti bakımından mahkemece 4787 Sayılı Kanununun 5. maddesi uyarınca uzman veya uzmanlar görevlendirilip, alınacak rapor diğer delillerle birlikte değerlendirilerek gerçekleştirilecek sonuca göre kardeşlerin birbirlerinden ayrılmaması ilkesi de gözetilerek tarafların müsterek çocuklarının velayetinin düzenlenmesi gerekirken...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022).

⁸⁶ Çelikel, s. 93.

Bazı olaylarda kardeşlerin ayrı ebeveynlerde bırakılması çocuğun üstün yararına daha uygun olabilir. Bu durumda mahkeme kardeşlerin ayrılmasına hükmedebilir. Çocuklardan bazılarının velayeti anaya, bazılarının velayeti babaya bırakılacaksa, bu durumda birlikte yaşama arzusu bulunan kardeşlerin bu isteği dikkate alınmalıdır⁸⁷. Kendisine velayet bırakılmayan ebeveyn ile kişisel ilişki düzenlenirken, çocukların birbirleri ile görüşebilmelerine olanak tanıyan bir düzenleme yapılmalıdır⁸⁸.

3- ANA YA DA BABA BAKIMINDAN DİKKATE ALINACAK ÖLÇÜTLER

a) Ana/Babanın Görüşünün Alınması, Ana/Babanın İsteği ve Yaptıkları Protokol

Velayet doğrudan kamu düzenini ilgilendirir ve bu konuya ilişkin karar verilirken öncelikli ilke çocuğun üstün yararıdır. TMK. m. 182 hükmüne göre hâkim velayetin tevdiine karar vermeden önce olanak buldukça ana babayı dinlemelidir. Taraflar çocuğun velayetine ilişkin düşüncelerini bizzat açıklayabilecekleri gibi, temsilcileri vasıtasıyla da açıklayabilirler⁸⁹. Ana babanın velayete ilişkin anlaşma yapmaları mümkün ise de, hâkim karar verirken bu anlaşma ile bağlı değildir⁹⁰. Bununla birlikte burada ana babanın görüşü alınmalıdır. Velayetin kendisine bırakılmasına istekli olan taraf tercihe şayan görülebilir⁹¹. Ancak istekli olan tarafa verilmesi çocuk yararına aykırıysa, en doğru karar yine çocuğun üstün yararı ilkesi ölçütünün uygulanmasıyla verilecektir.

Burada ortaya çıkabilecek bir diğer ihtimal ana ya da babanın çocuğun velayeti kesin bir şekilde istememesidir. Bu şekilde isteksiz olan ebeveyne çocuğun bırakılması yine çocuğun üstün yararına aykırı olacaktır⁹². Her iki ebeveyn de çocuğun velayetini kat'i bir şekilde istemediklerini beyan ediyorsa, mahkeme resen

⁸⁷ Schwars, Andreas B., (Çeviren: Davran, Bülent), *Aile Hukuku Cilt 1*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1946, s. 177.

⁸⁸ Çelikel, s. 77; Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal, *Velayet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017, s.79.

⁸⁹ Öztan/ Öztan, s. 488.

⁹⁰ Çelikel, s. 80.

⁹¹ Gençcan, s. 236; Çelikel, s. 79-80.

⁹² Yücel, s. 93.

Sosyal Hizmet Kanunu hükümlerine göre karar verecektir⁹³. Anlaşmalı boşanma durumunda, eşlerin yapmış oldukları protokolde çocukların velayetine ve çocukla kişisel ilişkiye ilişkin hükümler de yine hâkim için bağlayıcı değildir. Nitekim taraflar boşanmanın bir an evvel gerçekleşebilmesi arzusuyla çocuklarının velayetinden dahi vazgeçebilirler⁹⁴. Hâkim eşlerin özgür iradeleri ile anlaşmayı kabul ettiklerine kanaat getirmedikçe protokolde yer alan taleplerini uygun görüp bu yönde karar vermemelidir⁹⁵. Diğer taraftan hâkim tarafların yapmış oldukları protokolde yer alan bazı hükümleri uygun bulmayabilir. Hâkim değişiklik yapma gereği duyarsa, bu konuda tarafların görüşünü alarak, gerekçelendirerek değişikliği gerçekleştirebilir. Uygulamada anlaşmalı boşanmalarda mahkemeler adeta “anlaşmalı boşanma protokol onaylayıcısı” haline gelmiştir⁹⁶. Ancak çocuğun üstün yararı ilkesine aykırı olabilecek durumların araştırılması, ana babanın çocuğun menfaatine aykırı velayet anlaşmalarının düzenlenerek hükme bağlanması daha doğru olacaktır.

b) Ana/Babanın Ahlâkî Değer Yargıları, Yaşam Tarzı ve Meslekleri

Çocuklar taklit ederek hayata hazırlanırlar ve bu yolculukta onların en büyük rol modelleri ebeveynleridir⁹⁷. Dolayısıyla hâkim hangi ebeveynin daha iyi rol model olabileceğini, örnek olma bakımından ana ya da babadan hangisinin çocuğun üstün yararına daha uygun olduğu değerlendirmeli, buna göre karara varmalıdır. Bu noktada ana babanın ahlaki değer yargıları, yaşam tarzları ve meslekleri de dikkate alınmalıdır. Ebeveynlerden birinin toplumda genel kabul gören ahlâk anlayışına aykırı yaşam biçimini tercih etmiş olması, çocuk üzerinde olumsuz bir tesir bırakabilir. Ancak ana ya da babanın ahlâkî değer yargıları ve toplumda kabul gören genel ahlâk anlayışı ile çelişen yaşam tarzı, çocuk yararını zedelemiyorsa, velayette buna göre tercihte bulunulabilir.

⁹³ Yücel, s. 93.

⁹⁴ Çelikel, s. 97.

⁹⁵ Seçer, Öz, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 7, S. 2, s. 262; Akıntürk/ Ateş, s. 269; Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005, s.111 ; Zeytin, Zafer/ Ergün, Ömer, *Türk Medeni Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020, s.204

⁹⁶ Akipek Öcal/ Güneş, s. 110.

⁹⁷ Akyüz, s. 90.

Esasında ana babanın mesleği velayetin belirlenmesinde tek başına yeterli bir kıstas olmamakla birlikte, velâyetin bırakılacağı tarafın mesleğin koşulları ve özellikleri de dikkate alınmalıdır⁹⁸. Zira velayet kendisine bırakılan tarafın mesleği çocuğa ilgi ve alaka göstermesine engel olacak nitelikte olursa, bu durum çocuğun menfaatine aykırı olacaktır⁹⁹.

c) Ana/Baba ile Çocuk Arasındaki İlişki

Velayete ilişkin tercihte bulunurken ana/babanın çocuk ile olan ilişkisi önemsenmelidir¹⁰⁰. Ebeveynden biri çocukla daha güçlü bir bağ kurmuş ve daha yakın bir ilişki içerisinde olabilir¹⁰¹. Örneğin babanın boşanma sürecindeki gergin ortam nedeniyle evi terk etmesi, arayıp sormaması neticesinde çocuk anne ile iyice yakınlaşmış ve çocuğun baba ile olan bağı zayıflamış olabilir. Böyle bir durumda çocuğun psikolojik bakımdan olumsuz etkilenmemesi için velayetin ilişkisi zayıflamış olan anne ya da babaya bırakılması tercih edilmemelidir. Çocuğun ebeveynlerden biriyle daha güçlü bağ kurmasının nedeni ana/babadan birinin çocuğun gereksinimlerine karşı daha duyarlı olması, çocuğa daha sıcak ve sevecen yaklaşması da olabilir. Ancak çocuğun aşırıya kaçır şekilde korunup kollanması da menfaatine aykırı olacak ve bağımlı bir kişilik geliştirmesine yol açabilecektir. O nedenle bu tarz yaklaşımı olan ana/baba da tercih edilmemelidir. Velayete ilişkin karar verilirken ana ya da babanın çocuğa yönelik davranışlarının yanı sıra, velayetin kendisine bırakılması düşünülen ebeveynin diğer ebeveyn ile olan ilişkisi de göz önünde bulundurulmalıdır. Zira özellikle velayet kendisine bırakılmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurması engellenmemelidir. Yargıtay da vermiş olduğu bir kararında velayet kendisine verilmeyen ana/babanın kişisel ilişki kurması engelleniyorsa ve sadece icra kanalı ile kişisel ilişki

⁹⁸ Gençcan, s. 239; Öztan/ Öztan, s. 487.

⁹⁹ Öztan/ Öztan, s. 487.

¹⁰⁰ Esasında hâkim ana/baba ile çocuk arasındaki ilişkinin yanı sıra varsa onunla birlikte yaşayan bakıcı ya da diğer aile üyeleri ile olan ilişkiyi de göz önünde bulundurmalıdır (Skivenes/ Sørdsal, s. 74).

¹⁰¹ Çocuk ile ebeveyn arasındaki ilişkinin ve bağlılığın mahkeme önünde incelenmesi çocuğun üstün yararının gereğidir. Bağlanma teorisi çocuk ile en çok bağ kurduğu ebeveyni arasında ilişkilerin devamlılığını savunmaktadır. Çocuğun en çok bağ kurduğu ebeveyninden ya da bakıcısından ayrılması çocuk üzerinde büyük ölçüde olumsuz etkiye neden olmaktadır (Bu konu hakkında detaylı bilgi için bkz. Forslund, Tommie ve diğerleri, "Attachment Goes to Court: Child Protection and Custody Issues", *Attachment & Human Development*, Y. 2021, Vol. 24, No:1-52.

sağlanabiliyorsa velayetin değiştirilebileceğine hükmetmiştir¹⁰². Diğer taraftan çocuk ihmal ediliyorsa ya da ana veya babadan şiddet görüyorsa, kendisini ihmal eden ya da şiddete maruz bırakan ebeveyni ile yaşamak istemeyecektir. Şiddetten sadece fiziksel şiddet anlaşılmalıdır; duygusal şiddet, ekonomik şiddet gibi olumsuz davranışlar da çocuk ile ana ya da babası arasındaki ilişkileri zayıflatacağından, çocuğun bunu uygulayan ebeveyni ile kalmaması doğru olacaktır.

Ana ya da babanın çocuğu hastalığı, deneyimsizliği, önem vermemesi gibi nedenlerle ihmâl etme olasılığı varsa bu da velayete ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Çocuk ile ana ya da baba arasındaki yaş farkının çocuk bakımından olumsuz etkisinin bulunup bulunmayacağı da dikkate alınmalıdır. Velayeti talep eden tarafın yaşı nedeniyle ilerleyen dönemlerde hareketlerinin kısıtlanması, zihinsel yetenekte azalma olması ya da yeniliğe kapalı olması nedeniyle kuşaklar arası çatışmanın yaşanması öngörülebiliyorsa, velayet kendisine tevdi edilmemelidir¹⁰³. Çocuğun sürekli bir biçimde kendi haline bırakılmasının çocuğun menfaatine olan olumsuz etkisi de velayete ilişkin değerlendirme yapılırken göz önünde bulundurulmalıdır. Ayrıca ana ya da baba çocuğu bilinçli bir kararla terk etmişse terk eden tarafa velayet bırakılmamalıdır. Çocuğun sadece fiziksel olarak terk edilmiş olması halinde değil, çocuğun manevi olarak terk edilmiş olması halinde de çocuğun velayeti onu bu hal üzere bırakan ebeveyne verilmemelidir. Ayrıca ana ya da babanın cezaevinde olması halinde, cezaevinde olan ebeveyn velayette tercih edilmemelidir¹⁰⁴. Nitekim TCK. m. 53/c'ye göre ana ya da

¹⁰² 2. HD. 16.06.2016, E. 2016/12054 K. 2016/11763, "...Dosya kapsamındaki delillerden ve tanık beyanlarından davacı babanın boşanmadan sonraki dava tarihine kadar olan yaklaşık beş yıllık süreçte müşterek çocuğu 25 defa icra kanalıyla şahsi ilişkiyi sağlayabildiği, bu suretle annenin baba ve çocuk arasındaki kişisel ilişkiyi engelleyerek velayet görevini kötüye kullandığı anlaşılmaktadır. Bu suretle çocuğun tercihi üstün yararına uygun olmadığı gibi baba yanında kalmasının çocuğun bedeni, fikri ve ahlaki gelişmesine engel olacağı yönünde ciddi sebep ve deliller de bulunmamaktadır. O halde davanın kabulü gerekirken..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası, E.T. 10.05.2022).

¹⁰³ Öztan/Öztan, s. 488.

¹⁰⁴ 2. HD. 24.02.2015, E. 2014/11282 K. 2015/2593, "...Toplanan delillerden; davacı (koca)'nın 10 yıl hapis cezasının infazı nedeniyle cezaevinde olduğu anlaşılmaktadır. Mahkumiyete konu cezası sebebiyle kısa sürede tahliyesi de mümkün gözükmemektedir. Bu durum, davacının velayet görevini gereği gibi yerine getirmesine engeldir. Davalı (kadın)'ın velayet görevini yerine getirmesine engel bir durumun varlığı da ispatlanamamıştır. Gerçekleşen bu durum karşısında müşterek çocukların velayetlerinin davalı (kadın)'a verilmesi

baba kasten işlediği bir suçtan dolayı mahkûm edilirse kendisine velayet verilemez. Ancak ceza ertelenirse ya da infaz gerçekleşmişse, çocuğun menfaati göz önünde bulundurularak değerlendirme yapılmalı ve buna göre karar verilmelidir. Ana ya da babanın tutukluluk hali de velayetin belirlenmesinde etkili olmalıdır¹⁰⁵.

d) Ana/Babanın Çocuğa Bakma İmkânları

Ana veya babanın çocuğa bakma imkânları, eğitebilme yeteneğinin bulunup bulunmadığı ve bunun ölçüsü velayetin belirlenmesinde önemli bir ölçüttür. Zira velayet kendisine bırakılan ana ya da babanın çocuğa bizzat ilgi gösterebilmeleri önem arz etmektedir¹⁰⁶. Ebeveynden hangisinin çocuğa daha fazla zaman ayırabileceğinin ve bu zaman diliminin hangi ebeveynle iken daha kaliteli bir şekilde geçirilebileceğinin tespit edilmesi gerekir. Velayet kendisine bırakılan taraf, çocuğu kendi ailesinin yanına bırakarak onunla uzun zaman bizzat ilgilenmemişse, velayetin çocuğun üstün yararı doğrultusunda diğer ebeveynle tevdi edilmesi doğru olacaktır. İngiltere’de çocukla ilgili karar verilmesini gerektiren işlerde ebeveynin çocuğun ihtiyaçlarını karşılamadaki yeteneğinin dikkate alınacağı kanun hükmü olarak açık bir şekilde düzenlenmiştir¹⁰⁷.

e) Ana/Babanın Sağlık Durumu

Ana babanın çocukla hakkıyla ilgilenebilmesi için psikolojik ve bedensel bakımdan yeterli olmalıdır. Ebeveynin sağlığına ilişkin problemin varlığı halinde, bunun tedavisinin mümkün olup olmadığı göz önünde bulundurulmalıdır¹⁰⁸. Ana babadan birisinin ağır psikolojik sorunlarının bulunması ya da akıl hastası olması halinde velayet ona bırakılmamalıdır¹⁰⁹. Velayetin belirlenmesinde çocuğun sağlık durumu ve gereklilikleri kadar, ebeveynin sağlık durumu ve gereklilikleri de dikkate alınmalıdır. Örneğin onkolojik tedavi gören ve hastalığı ağır seyreden bir anne, zihinsel engelli ve

gerekirken, yazılı şekilde davacı (koca)’ya verilmesi doğru olmamıştır...” (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 10.05.2022).

¹⁰⁵ Gençcan, s. 229.

¹⁰⁶ Öztan/Öztan, s. 487; Çelikel, s. 78.

¹⁰⁷ Bkz. Children Act 1989, art. 1/3-f.

¹⁰⁸ Yücel, s. 94.

¹⁰⁹ Çelikel, s. 82.

hareketli olan bir çocuğun gereksinimlerini karşılamada güçlükle karşılaşması olasıdır.

f) Ana/Babanın Boşanmadaki Kusuru

Türk Medeni Kanununda ana babanın kusurunun velayetin belirlenmesinde oynadığı role ilişkin bir açıklama bulunmamaktadır. Çocuğun velayetinin belirlenmesinde ebeveyninin boşanmadaki kusuruna göre değerlendirme yapılmamalıdır. Zira böyle bir değerlendirme yapılması boşanmada kusuru olan eşin aynı zamanda çocuğundan mahrum bırakılarak cezalandırılması olarak yorumlanabilir; bu durum ebeveyn arasındaki mevcut gerginliğin artmasına, çocuğun da bundan zarar görmesine yol açabilir¹¹⁰. Bir ana ya da baba eş olarak başarılı bir evlilik yürütememiş olabilir, ancak bu ebeveyn olarak da başarısız olacağı anlamına gelmez. Bu nedenle eş olarak ayrı, ebeveyn olarak ayrı değerlendirme yapılması doğru olacaktır. Yargıtay'ın görüşü de bu yöndedir¹¹¹. Ancak eşlerden birinin boşanmadaki kusuru çocuğu olumsuz etkiliyorsa, çocuğun üstün yararı ilkesi gereği bu durumda velayetin o tarafa verilmemesi gerekmektedir. Örneğin boşanmadaki kusurun dayanağı babanın anneye fiziksel şiddet uygulaması ise babanın şiddete eğilimi olabileceğinden çocuğun velayetinin babaya bırakılmamasına karar verilebilir. Yine ana babadan biri diğerinin hayatına kast etmişse, bu durum velayetin belirlenmesinde dikkate alınmalı, ancak tek başına belirleyici bir ölçüt olmamalıdır. Böyle olaylarda somut duruma göre kişisel ilişkinin kurulmamasına bile karar

¹¹⁰ Yücel, s. 95.

¹¹¹ 2. HD. 21.5.2018, E. 2016/18282 K. 2018/6427, "...Mahkemece velayet konusunda görüşlerine başvuru olan tarafların ortak çocukları 15.10.2006 doğumlu ... ile 13.09.2009 doğumlu ... anneleri ile kalmak istediklerini beyan ettikleri halde annenin evli olduğu halde eşine karşı sadakate aykırı davranışlar sergilediği, müstehcen fotoğraflarını 3. bir kişiye telefon yoluyla gönderdiği bu şekildeki yaşam tarzı ve davranışları ile çocukların anne ile kalmalarının bedeni, fikri ve ahlaki gelişmeleri bakımından ciddi risk teşkil edeceği gerekçesi ile ortak çocukların velayetinin davalı-davacı babaya bırakılmasına karar verilmiştir. ... Ana ve babanın yararları; boşanmadaki kusurları, ahlaki değer yargıları, sosyal konumları gibi durumları çocuğun üstün yararını etkilemediği ölçüde göz önünde tutulur. Velayet düzenlemesinde çocukla anne ve babanın yararının çatışması halinde çocuğun yararına üstünlük tanınması gerekir... Yapılan yargılama ile toplanan delillerden davacı-davalı annenin çocuklara yönelik olumsuz bir tutum veya davranışının bulunmadığı velayet görevini yerine getirebileceği, görüşlerini açıklama olgunluğuna erişen çocukların da anneleri ile yaşamak istediği anlaşılmaktadır. Gerçekleşen bu duruma göre ortak çocukların velayetlerinin davacı-davalı anneye bırakılmasına karar verilmesi gerekirken ..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 11.5.2022).

verilebilir. Çocuğun menfaatini tehlikeye düşüren bir durum başka bir durum yoksa ana babadan birinin zina yapmış olması velayetin kendisine verilmesine engel değildir¹¹².

a) Ana/Babanın Sosyal ve Ekonomik Durumu

Ana/baba çocuğa karşı ekonomik bakımdan sorumludur ve bu sorumluluk velayete bağlı değildir. Velayet kendisini bırakılmayan ana/baba iştirak nafakası ödemekle yükümlüdür¹¹³. Ana/baba arasında bulunan ekonomik farklılıklar, ekonomik bakımdan birinin diğerine olan üstünlüğü iştirak nafakası ile dengelenebilmektedir. Dolayısıyla ana/babadan birinin diğerine olan ekonomik üstünlüğü tek başına bir ölçüt olamaz. Ancak diğer ölçütlerle birlikte göz önünde bulundurulmalıdır. Sosyal çevre ve ekonomik durum genellikle birbirine bağlantılı olan kavramlardır. Velayete ilişkin karar verilirken ana/babanın içinde bulunduğu sosyal çevre de değerlendirilmelidir¹¹⁴.

h) Ana ya da Babanın Evlenmesi

Velayete ilişkin karar boşanma davasıyla birlikte verilmiş olabilir. Ancak değişen koşullar nedeniyle velayet kararının yeniden gözden geçirilmesi talep edilebilir. Ana ya da babanın bir başkasıyla hayatını birleştirmesi doğrudan velayetin değiştirilmesine gerekçe oluşturmaz. Hatta velayet kendisine bırakılan ebeveyn evlenmişse, bu çocuğun aile ortamında büyümesini sağlayacağı için menfaatine daha uygun olabilir. Ancak burada üvey ana ya da babaya ilişkin bir takım değerlendirmelerde bulunulmalı, nihai bir karara varılmasında çocuğun yararı göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁵. Velayet kendisine bırakılan ana ya da babanın evlendikten sonra

¹¹² Çelikel, s. 91.

¹¹³ Yücel, s. 2018; Gençcan, s. 823.

¹¹⁴ 2. HD. 5.3.2012; E. 2011/7908 K. 2012/4724, "...Tarafların Bayburt şehir merkezinde oturdukları, davanın çocuklarıyla birlikte oturduğu sosyal çevrenin diğer mahallelere göre nispeten risk ve suç teşkil eden davranışların yoğunlukla meydana geldiği bir yer olduğu, müşterek çocuklardan 29.09.1994 doğumlu Yasin ile 01.01.1997 doğumlu A. F.'in riskli sayılabilecek kişilerle arkadaşlık yaptığı, eve gece geç saatlerde gelme gibi davranışlarının olduğu, davalı annenin çocukları disiplin altına almada yetersiz kaldığı, bu hususların sosyal inceleme raporu ile tespit edildiği anlaşılmaktadır. Uzman raporunda tespit edilen bu olgular karşısında, çocukların bedeni, fikri ve ahlaki gelişimleri anne yanında tehlikededir. Öyleyse her üç çocuğun da velayetlerinin babaya bırakılması gerekirken, yazılı şekilde velayetin anneye bırakılması isabetsiz olup, bozmayı gerektirmiştir..." (Legalbank Elektronik Hukuk Bankası E.T. 9.5.2022).

¹¹⁵ Yücel, s. 86 vd.; Çelikel, s. 77.

çocuğa karşı olan davranışlarında olumsuz anlamda değışiklik ortaya çıkarsa ya da üvey ana ya da üvey baba çocuğa kötü davranırsa, bu konuda çocuğun yönlendirilmemiş beyanı önemsenmeli, gerekirse uzman raporu alınarak velayete ilişkin karar yeniden gözden geçirilmelidir. Burada ortaya çıkabilecek bir diğeri ihtimal de boşanan ebeveynlerin tekrar birbirleri ile evlenmesidir. Çocuğun ana babası boşandıktan sonra yeniden birbirleri ile evlenirse kanaatimce velayet kendiliğinden ana babaya birlikte geçmemeli, bu konuda mahkeme karar almalıdır.

ı) Çocuğun Baskı, Şiddete ve İstismara Maruz Kalma İhtimali

Çocuğun ana babanın baskıcı tutumları karşısında korunması gerekmektedir. Nitekim boşanma aşamasında olan eşler çocuğu baskı altına alarak onun iradesini yönlendirebilmektedir. Velayete ilişkin karar verilirken bu şekilde bir yönlendirme söz konusuysa çocuğun beyanları ve görüşü dikkate alınmamalıdır. Yine hangi türlü şiddet olursa olsun, ebeveynlerden biri çocuk üzerinde şiddet uygulamaktaysa, ona velayet bırakılmamalıdır. Ana/babanın her ikisi de çocuğa şiddet uygulamaktaysa, çocuğu istismar etmekteyse çocuğun velayeti tamamen kaldırılabilir. Bir olayda şiddet ve istismar iddiası varsa kesinlikle dikkate alınmalıdır¹¹⁶. Diğeri taraftan çocuğa şiddet uygulayan ya da onu istismar eden ana ya da babadan başka bir kişi de olabilir. Bu durum hem velayetin belirlenmesinde, hem de kişisel ilişki kurulmasına ilişkin karar verilmesinde göz önünde bulundurulmalıdır.

ı) Çocuğun Ebeveyni Tarafından Kaçırılma İhtimali

Ana baba boşanma sürecinde birbirlerine yoğun bir şekilde öfke, kırgınlık, intikam duyguları besleyebilirler. Bunun sonucunda çocuğu kaçırarak karşı tarafa zarar verme amacıyla hareket edebilirler. Çocuğun ne hissettiğini, ne oranda zarar gördüğünü düşünemeyebilirler. Bu şekilde çocuğu velayet kendisine verilmeyen tarafa göstermeyen ebeveynin bu davranışı mahkemede göz önünde bulundurulmalıdır¹¹⁷. Çocuğun yurt dışına kaçırılma ihtimalinin varlığı halinde hakim bunu engellemeye yönelik tedbir kararı da verebilir.

¹¹⁶ Gençcan, s. 236.

¹¹⁷ Gençcan, s. 230.

D. UZMAN GÖRÜŞÜ

Çocuğun yararının anlaşılabilmesi için uzman kişilerden rapor alınması gerektiği ve buna göre hüküm verilmesinin doğru olacağı daha önce yeri geldikçe vurgulanmıştı. Gerçekten de velayetin belirlenmesi hâkimin bilgi ve tecrübesini aşarsa, hâkim yine adliye bünyesindeki pedagog, psikolog ya da sosyal çalışmacının uzmanlığından yararlanarak karar vermelidir¹¹⁸. Burada uzman sosyal inceleme raporu hazırlamak suretiyle yardımcı olur. Bunun için mümkün olduğu ölçüde çocukla iletişim kurulmalı, çocuğun/çocukların ruhsal ve zihnî durumları, gelişimi, ana baba ve diğer kişilerle olan ilişkileri irdelenmelidir. Esasında burada doğru olan sosyal inceleme raporunun psikolog, pedagog ve sosyal çalışmacıdan oluşan bir komisyon tarafından yapılmasıdır. Çocuk kendisini konuşarak ifade edemeyecek yaşta ya da çekingen davranmaktaysa, oyun terapisti gibi özel branşlaşmış uzmanlardan da yardım alınmalıdır. Velayete ilişkin karar verme sürecinde uzmanlar hem annenin, hem de babanın yaşam alanlarını incelemelidir. Uzmanların verdikleri rapor soyut verilere, varsayım ve tahminlere dayalı olmamalı, birden fazla uzmandan rapor alınmışsa bunlar arasında çelişki bulunmamalıdır. Çelişkinin varlığı halinde önce bunun giderilmesi sağlanmalı, ondan sonra karara varılmalıdır.

Mahkeme velayete ilişkin kararını uzman görüşü doğrultusunda vermek zorunda değildir, ancak uzman görüşünden farklı yönde bir karar verecekse bunun nedeni gerekçeli bir şekilde ortaya konulmalıdır¹¹⁹. Öte yandan burada aile mahkemesi hâkimlerine de değinmekte yarar bulunmaktadır. Zira aile mahkemesi hâkimlerinin de çocuk hakları alanında donanımlı olması gerekmektedir. Ayrıca daha iyi bir şekilde empati kurulabilmesi bakımından aile mahkemesi hakimlerinin evli ve çocuk sahibi kimselerden seçilmesi doğru olacaktır¹²⁰. Nitekim bu husus Aile Mahkemelerinin Kuruluş, Görev ve Yargılama Usullerine Dair Kanununun 3 üncü maddesinde de vurgulanmaktadır.

¹¹⁸ Gençcan, s. 186; Çelikel, s. 101.

¹¹⁹ Gençcan, s. 857.

¹²⁰ Akipek Öcal/Güneş, s. 117.

SONUÇ

Ebeveyni evli olan çocuğun velayeti ana babasına aittir ve çocuğun üstün yararı gözetilerek kullanılmalıdır. Ana babadan birinin ölümü veya gaipliği ya da ayırt etme gücünü kaybetmesi gibi durumlarda velayeti diğeri tek başına yine çocuğun üstün yararını gözeterek yürütmelidir. Ancak ana babanın boşanması ya da evliliğin iptali durumunda mahkeme velayete ya da kişisel ilişkiye ilişkin karar verir. Hâkim velayeti yalnızca anaya ya da yalnızca babaya verebileceği gibi, her ikisine de tevdi edebilir. Hâkimin velayetin tevdiine ya da kişisel ilişki tesisine karar verirken çocuğun üstün yararını gözeterek bu karara varması gerekmektedir. Çocuğun üstün yararı kavramı ise uluslararası sözleşmelerde ya da ulusal hukukumuzda tanımlanmış değildir. Bu ilke çocuk hukukuna hâkim olan en aslî ilkedir, ancak herhangi bir hukuk kuralında buna ilişkin bir ölçüt de öngörülmemiştir. Velayetin tevdiinde mahkeme de çocuk hakkında karar veren bir makam olarak bu ilkeyi göz önünde bulundurma yükümlülüğü altındadır. Yargılama yapılırken soyut ve tanımlı olmayan çocuğun üstün yararı ilkesi, her somut olayda araştırılmalı, bazı ölçütler kullanılarak değerlendirme yapılmalıdır.

Çocuğun üstün yararında kullanılan ölçütler çocuk bakımından ve ana/ baba açısından ayrı ayrı ele alınmalı, uzman görüşünden de istifade edilmelidir. Bu bağlamda velayetin tevdiini değerlendiren hâkim çocuğun yararını belirlerken ilk olarak çocuğun gelişimi ve olgunluğu ölçüsünde onun görüşünü almalıdır. Ancak çocuk görüşüne başvurulmadan önce bilgilendirilmelidir. Görüşünün alınması çocuğun menfaatine değilse, bu durumda görüşü alınmadan karar verilebilir. Çocuk bakımından göz önünde tutulması gereken bir diğer ölçüt, çocuğun ihtiyaçları, özel durumu ve sağlık durumudur. Çocuğun yaşı da mahkeme tarafından velayete ilişkin karar verilirken dikkate alınmalıdır. Örneğin anne sütüne ihtiyaç duyacak kadar küçük yaşlarda olan bir çocuğun velayeti anneye verilmelidir. Ancak buna ilişkin kesin bir kural ihdas etmek de doğru olmaz. Somut olayda yine çocuğun üstün yararı odaklı düşünülmeli, onun yararı babaya verilmesini ya da vasi atanmasını gerekli kılıyorsa bu yönde karar verilmelidir. Çocuğun cinsiyeti ise velayetin belirlenmesi bakımından kanaatimce çok etkili bir ölçüt olmamakla birlikte çocuğun menfaati gerektiriyorsa dikkate alınabilir. Ancak çocuğun alıştığı

çevrenin korunması, ana babanın boşanmasının çocuk üzerinde ortaya çıkabilecek olumsuz etkilerin artmaması bakımından önemsenmelidir. Ayrıca çocuğun eğitim hayatının sağlıklı bir şekilde devam edebilmesi bakımından da alıştığı çevrenin korunmasına özen gösterilmelidir. Bu nedenle de özellikle velayetin tevdiinde dikkate alınması gereken ölçütlerden bir tanesi de çocuğun alıştığı çevrenin korunmasıdır. Çocuğun kardeşlerinden ayrılmaması da mahkeme tarafından velayete ilişkin karar tesisinde dikkate alınmalıdır. Nitekim uygulamada da velayete ilişkin karar verilirken çocuğun kardeşleri ile aynı ortamda yaşamasına özen gösterildiği söylenebilir.

Mahkeme velayetin tevdiine ilişkin karar verirken sadece çocuğa ilişkin ölçütlerle değerlendirme yapmamalı, ana babaya ilişkin ölçütleri de göz önünde bulundurmalıdır. Ana babanın konu hakkında görüşü, onların isteğinin ne yönde olduğu dikkate alınması gereken il ölçüttür. Ancak hâkim ana babanın talebi ile bağlı değildir; ana baba velayete ilişkin anlaşma yapmış olsalar dahi hâkim çocuğun yararının başka olduğunu düşünüyorsa gerekçelendirerek onların anlaşmalarından farklı bir karar da verebilir. Ana baba bakımından değerlendirmede göz önünde tutulması gereken ölçütlerden bir diğeri de onların çocukla olan ilişkileridir. Zira velayetin tevdiinde çocuğun daha güçlü bağ kurduğu, kendisini yanında daha huzurlu hissettiği ebeveynin tercih edilmesi çocuğun menfaatine olacaktır. Ancak ana babanın çocuğa bakma imkânları da velayete ilişkin karar verilirken önem arz etmektedir. Nitekim ana babadan birinin çocukla bizzat ilgilenme olanağından yoksun bulunması, çocuğun ihtiyaçlarını karşılayamayacağına açık olması gibi durumların varlığı halinde ona velayet tevdi edilmeyecektir. Ana babanın velayet bakımından değerlendirilmesinde onların sağlık durumları da göz önünde bulundurulması gereken ölçütlerden biridir. Ancak ana babanın boşanmadaki kusuru çocuğun menfaatini etkilemediği sürece velayette dikkate alınacak ölçütlerden değildir. Diğer taraftan ana ya da babanın boşandıktan sonra yeniden evlenmesi çocuğun velayetinin değiştirilmesi için yeterli bir sebep teşkil etmez. Ancak ana babanın yeni kurduğu ailede çocuğun menfaatine aykırılık teşkil eden durumların varlığı hâkim tarafından dikkate alınmalıdır. Örneğin çocuk ana babası ya da diğer aile bireyleri tarafından baskıya, şiddet ve istismara maruz kalıyorsa, çocuğun o ebeveyninden uzaklaştırılması, velayetin diğer ebeveyne verilmesi

ve hatta kanunda öngörölmüş olan çocuğu koruyucu tedbirlere başvurulması gerekmektedir. Çocuğun kaçırılma ihtimali varsa hâkim bunu engellemeye yönelik olarak da hüküm tesis etmelidir. Ana babadan birinin diğerine sosyal ve ekonomik bakımdan üstün olması ise velayetin tevdiinde tek başına bir ölçüt değildir, ancak sayılan diğer ölçütlerle birlikte göz önünde bulundurulabilir. Zira ana babanın çocuk üzerinde eğitim ve bakım yükümlölüğü vardır ve bu yükümlölük velayete bağlı değildir. Velayet kendisine tevdi edilmeyen ebeveyn de iştirak nafakası ödeyerek çocuğun bakım ve eğitimine katkıda bulunmakla yükümlüdür.

Çocuğun yararının ne yönde olduğunun anlaşılabilmesi için hâkim uzman yardımına başvurabilir. Zira her olayda çocuğun üstün yararının tespit edilmesi kolay olmayabilir. Eğer velayetin belirlenmesi hâkimin bilgi ve tecrübesini aşyorsa, hâkim pedagoğ, psikolog ya da sosyal çalışmacı gibi uzmanlardan yardım alarak karar vermelidir.

KAYNAKÇA

- Abik, Yıldız: “Türk Medeni Kanunundaki Hükümler ve Çocuk Hukukundaki Temel İlkeler Çerçevesinde Velayette Çocuğun Yararı”, *Prof. Dr. Şener AKYOL’a Armağan*, İstanbul 2011.
- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya, *Aile Hukuku*, 22. Bası, Beta Yayımcılık, İstanbul 2020.
- Akipek Öcal, Şebnem/ Güneş, Zeynep Naz, “Velayet Davalarında Çocuğun Yararı İlkesinin Gözetilmesi, Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?”, *Çalıştay Raporu 5*, Ankara Barosu, Ankara 2021, s.107-121.
- Akkurt, Sinan Sami, “Çocuğun Kişiliğinin Korunması ve Velâyetin Belirlenmesinde Çocuğun Menfaati Olgusu”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, C. I, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2010, s. 91- 120.
- Akyüz, Emine, *Çocuk Hukuku Çocukların Hakları ve Korunması*, Pegem Yayınları, B. 6, Ankara 2018.
- Artis, Julie E., “Judging The Best Interests of Child: Judges’ Accounts of The Tender Years Doctrine”, *Law and Society Review*, Vol.38, No.4, December 2004, s.769 – 806.
- Bagaç İcen, Seher: “Yargıtay Kararları Işığında Türk Hukukunda Çocuğun Evlat Edinilmesinde Üstün Yarar”, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2020.
- Baktır, Selma, *Aile Mahkemeleri, Yetkin Yayınları*, Ankara 2003.

- Baygın, Cem, Soybağı Hukuku, 1. Basım, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2010.
- Baysal, Başak, “Çocuğun Üstün Yararı İlkesi ve Koruyucu Aile Kurumu”, Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 8, S. 95-100, 2012, s. 7-26.
- Birinci Uzun, Tuba: “Türk Medenî Kanunu’na Göre Velâyetin Kullanılması ve Çocuğun Yüksek (Üstün) Yararı İlkesi Doğrultusunda Boşanmada ve Evlilik Dışı İlişkide Birlikte Velâyet Modeli”, Hacettepe Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 6, S. 1, 2016, s. 135-166.
- Çatalbaş, İlay, *Türk Medeni Kanununda Velayet ve Ortak Velayet*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2021.
- Çelikel, Serdar, *Çocuk Haklarına Dair Uluslararası Sözleşmeler Işığında Boşanmanın Çocuklara İlişkin Sonuçları*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Çopur, Onat, “Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?”, *Ankara Barosu*, Ankara 2021.
- Dede, İsmail, *Çocuğun Velayet İlişkisinden Doğan Kişi Varlığı Zararlarının Tazmini*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/Gümüş, Mustafa Alper, *Türk Özel Hukuku Cilt III (Aile Hukuku)*, B. 9, İstanbul 2014.
- Er Kıdak, Tansu: “Türk Medeni Kanununa Göre Velayetin Belirlenmesi”, *Anadolu Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi)*, Eskişehir 2021.
- Erbay, Ercüment, *Çocuk Hakları*, B. 2, Yeni İnsan Yayınevi, İstanbul 2019.
- Forslund, Tommie ve diğerleri, “Attachment Goes to Court: Child Protection and Custody Issues”, *Attachment & Human Development*, Y. 2021, Vol. 24, No:1-52.
- Gençcan, Ömer Uğur, *Velayet Hukuku*, B. 2, Yetkin Yayınevi, Ankara 2020.
- Grassinger, Elçin Gülçin, “Çocuğun Menfaati Gereği Görüşünün Alınmaması Gereken Durumlar”, *Prof. Dr. Rona Serozan’a Armağan*, İstanbul 2010, s. 824 vd
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku*, B. 7, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul 2019.
- Hatemi, Hüseyin, *Aile Hukuku (Evlilik Hukuku) Ders Kitabı*, Vedat Kitapçılık, İstanbul 2005.
- Helvacı, Serap / Erlüle, Fulya, *Medeni Hukuk*, 5. Bası, Legal Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Karaca, Hilal, *Velayetin Kapsamı ve Hükümleri*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2015.
- Kılıçoğlu, Ahmet M., *Aile Hukuku*, 4. Bası, Turhan Kitabevi, Ankara 2019.
- Koçhisarlıoğlu, Cengiz, *Boşanmada Birlikte Velayet ve Yasanın Aşılması*, Turhan Kitabevi, Ankara 2004.

- Koçyıldırım, Gökten/ Üstün, Özge, “Çocuğun Yüksek Yararı Kavramı ve Yorumlanması, Çalıştay Raporu 2, Çocuğun Yüksek Yararı Nedir?”, *Ankara Barosu*, Ankara 2021, s. 64-81.
- Özdemir, Hayrunnisa/ Ruhi, Ahmet Cemal, *Çocuk Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara 2012.
- Öztan, Bilge, *Aile Hukuku*, 6. Bası, Turhan Yayınevi, Ankara 2015.
- Öztan, Bilge/ Öztan, Fırat, “Boşanmada Velayetin Tevdii”, *Çankaya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.1, S. 2, s. 473-495
- Polat, Oğuz/ Güldoğan, Evin, “Uzman Görüşünün Boşanma Davalarında Velayetin Saptanmasındaki Önemi”, *TBBD*, Y. 2015, S.118. s.243-254.
- Ruhi, Canan/ Ruhi, Ahmet Cemal, *Velayet Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2017.
- Schwars, Andreas B., (Çeviren: Davran, Bülent), *Aile Hukuku Cilt 1*, İstanbul Üniversitesi Yayınları, İstanbul 1946.
- Seçer, Öz, “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Y. 2006, C. 7, S. 2, s. 259-286.
- Serdar, İlknur, “Birlikte Velayet”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 10, S. 1, İzmir 2008, s. 155-197.
- Serozan, Rona, *Çocuk Hukuku*, 2. Bası, Vedat Yayınevi, İstanbul 2005.
- Skivenes, Marit/ Sørnsdal, Marie, “The Child’s Best Interest Principle across Child Protection Jurisdictions”, *Human Rights in Child Protection Implications for Professional Practice and Policy*, Palgrave Macmillan, Cham 2018, s. 59-88.
- Usta, Sevgi, *Çocuk Hakları ve Velâyet*, On İki Levha Yayınları, İstanbul 2012.
- Yücel, Yeliz, *Türk Medeni Hukukunda Boşanma Halinde Velayet, Çocukla Kişisel İlişki Kurulması ve Çocuğun Soyadı*, Oniki Levha Yayıncılık, İstanbul 2018.
- Zeytin, Zafer/ Ergün, Ömer, *Türk Medeni Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara 2020.
- Zorlu, Süheyla, “Çocuğun Kişivarlığının Aile İçinde Korunması İçin Alınabilecek Önlemler”, *Necmettin Erbakan Hukuk Araştırmaları Özel Hukuk*, NEÜ Yayınları, Konya 2021, s. 247-286.
- Zorlu, Süleyman/ Zorlu, Süheyla. “Çocuklar İçin Sevgi Hakkı Mukayeseli Bir İnceleme”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Durmuş TEZCAN’a Armağan, C.21, Özel S., 2019, s. 1851-1873.

www.lexpera.com

www.legalbank.net

ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDAN SONRA NAFAKA TALEBİNDE BULUNULMASINA İLİŞKİN DEĞERLENDİRME

*Ayşe KARACA ÖZ**

Öz

Anlaşmalı boşanma, Türk Medeni Kanunu m. 166/III hükmünde yer almıştır. İlgili hükme göre, “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın mali sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır”. Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte dava açması ya da eşlerden birinin başvurması üzerine diğerinin boşanma davasını kabul etmesi, hâkimin eşleri bizzat dinleyerek iradelerinin özgürce açıklandığına kanaat getirmesi ve hâkimin boşanmanın mali hükümleri ve çocukların durumu ile ilgili tarafların kabul ettikleri anlaşmayı onaylamasıdır. Anlaşmalı boşanma durumunda, çocukların durumu ve boşanmaya ilişkin mali hükümler icrası mümkün şekilde açıkça protokolde yer almalıdır. Fakat bazı durumlarda taraflar protokolde nafakayla ilgili bir düzenleme yapmamış ve hâkim de bu şekilde boşanmaya hükmetmiş olabilir. Böyle bir durumda anlaşmalı boşanma davasından sonra tarafların nafaka talep edip edemeyecekleri hususunda yargı kararları yer almış ve doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Çalışmamızda bahsedilen konulara ilişkin meseleler doktrinindeki görüşler ve mahkeme kararları çerçevesinde değerlendirilmiştir.

Anahtar Kelimeler: Anlaşmalı Boşanma, Anlaşmalı Boşanmanın Şartları, Anlaşmalı Boşanma Protokolü, Boşanmanın Mali Hükümleri, Nafaka

* Dr. Arş. Gör, Adana Alparslan Türkeş Bilim ve Teknoloji Üniversitesi Siyasal Bilgiler Fakültesi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı, akaraca@atu.edu.tr, ORCID ID: 0000-0002-4806-0171.

EVALUATION REGARDING THE REQUEST OF ALIMONY AFTER UNCONTESSED DIVORCE

Abstract

Uncontested divorce, Turkish Civil Code m. It was included in the provision 166/III. According to the relevant provision, “If the marriage has lasted at least one year, if the spouses apply together or if one spouse accepts the other's case, the basis of the marriage union is deemed to have been shaken. In this case, in order for a divorce decision to be made, the judge must listen to the parties and conclude that their will is freely expressed and approve the arrangement to be accepted by the parties regarding the financial consequences of the divorce and the situation of the children. There are certain conditions for an uncontested divorce to take place. These conditions are; The marriage has lasted at least one year, the spouses sue together or the other spouse accepts the divorce case upon application, the judge listens to the spouses and is convinced that their will has been expressed freely, and the judge approves the agreement agreed by the parties regarding the financial provisions of the divorce and the situation of the children. In the case of an uncontested divorce, the status of children and the financial provisions regarding the divorce should be clearly included in the protocol as far as possible. However, in some cases, the parties may not have made a regulation regarding alimony in the protocol and the judge may have ruled for divorce in this way. In such a case, after the divorce decision, judicial decisions have taken place on whether the parties can demand alimony and there have been discussions in the doctrine. The issues related to the subjects mentioned in our study have been evaluated within the framework of doctrine and court decisions.

Keywords: Uncontested Divorce, Conditions of Uncontested Divorce, Uncontested Divorce Protocol, Financial Provisions of Divorce, Alimony

GİRİŞ

Anlaşmalı boşanma, çekişmeli boşanma davasına göre hem daha hızlı ve pratik hem de daha barışçıl bir yoldur. Anlaşmalı boşanmada tarafların özgür iradeleri ön plândadır. Eşler, aralarındaki anlaşmazlığı uzatmamak, evliliğin bir an önce son bulmasını istemeleri gibi çeşitli sebeplerle anlaşmalı boşanma yoluna başvurumaktadırlar. Fakat bazı durumlarda eşler boşanma sürecinin uzamamasını istemeleri sebebiyle çok da üzerinde düşünmeden bir protokol düzenlemekte ve aceleyle boşanmanın kendileri açısından hukukî sonuçlarını da yeterince değerlendirememektedirler. Kimi zaman taraflar boşanmanın mali sonuçları üzerinde konuşup bir karara varmadan anlaşmalı boşanma protokolünü düzenlemekte ve boşanma bu şekilde gerçekleşmektedir. Böyle bir durumda protokolde yer almayan nafakanın sonradan talep edilip edilemeyeceği hususu doktrinde tartışılmış ve yargı kararlarında yer almıştır.

I. GENEL OLARAK ANLAŞMALI BOŞANMA VE ŞARTLARI

Anlaşmalı boşanma genel ve mutlak bir boşanma sebebidir¹. Anlaşmalı boşanma, Türk Medeni Kanunu m. 166/III hükmünde yer almıştır. İlgili hükme göre, “Evlilik en az bir yıl sürmüş ise, eşlerin birlikte başvurması ya da bir eşin diğerinin davasını kabul etmesi hâlinde, evlilik birliği temelinden sarsılmış sayılır. Bu hâlde boşanma kararı verilebilmesi için, hâkimin tarafları bizzat dinleyerek iradelerinin serbestçe açıklandığına kanaat getirmesi ve boşanmanın malî sonuçları ile çocukların durumu hususunda taraflarca kabul edilecek düzenlemeyi uygun bulması şarttır”. Evliliğin en az bir yıl sürmüş olması ve eşlerin birlikte dava açması ya da bir eşin diğer eşin açtığı davayı kabul etmesi durumunda “evlilik birliğinin temelden sarsıldığına ilişkin” kanuni bir karine bulunmaktadır². Dolayısıyla hâkimin artık böyle bir durumda

¹ Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper. Aile Hukuku, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020, s. 123; Öncü, Özge. “Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar Ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *DEÜHFD*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 240; Yargıç, Zeynep. Türk Hukuku’nda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021, s. 21; Turhan, Mehmet İbrahim. “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma ve Anlaşmalı Boşanmada Karşılaşılan Hukuki Meseleler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.0, S. 186, 2022, s. 98.

² Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Aile Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021, s. 269; Tekin, Helin Neval. Anlaşmalı Boşanma, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019, s. 65;

evlilik birliğinin temelden sarsılıp sarsılmadığına ilişkin ek bir araştırma yapmasına gerek yoktur.

Anlaşmalı boşanmanın gerçekleşmesi için bazı şartlar bulunmaktadır. Bu şartlar; evliliğin en az bir yıl sürmüş olması, eşlerin birlikte dava açması ya da eşlerden birinin başvurması üzerine diğerinin boşanma davasını kabul etmesi, hâkimin eşleri bizzat dinleyerek iradelerinin özgürce açıklandığına kanaat getirmesi ve hâkimin boşanmanın mali hükümleri ve çocukların durumu ile ilgili tarafların kabul ettikleri anlaşmayı onaylamasıdır. Anlaşmalı boşanmaya ilişkin tüm şartların gerçekleşmesi durumunda hâkim anlaşmalı boşanmaya hükmeder.

II. ANLAŞMALI BOŞANMA PROTOKOLÜ VE PROTOKOLDE YER ALMASI GEREKEN HUSUSLAR

Anlaşmalı boşanmada çocukların durumu ve boşanmaya ilişkin mali hükümler icrası mümkün şekilde açıkça protokolde yer almalıdır³. Tarafların maddi konular ve çocukların durumlarına ilişkin konularda anlaşamamaları hâlinde anlaşmalı boşanmaya karar verilemez⁴. Eşler arasındaki mali konular içerisinde, maddi ve manevi tazminat ve yoksulluk nafakası yer almaktadır⁵.

Tuncer Kazancı, İdil. "Anlaşmalı Boşanma Kararlarının Medeni Usul Hukuku Bakımından Niteliği", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 766; Aras, Bahattin. "Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması", *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 47, 2010, s. 74; Turhan, s. 100; Dural/Öğüz/Gümüş, s. 123; Yücel, s. 240.

³ Schwenzer, Ingeborg/ Fankhauser, Roland. *FamKomm Vierter Teil: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/ Erster Abschnitt: Die Scheidungsvoraussetzungen/Art. 111*, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, s. 41, N. 19 (<https://www.swisslex.ch/>) (Erişim Tarihi: 10.03.2022); Dural/Öğüz/Gümüş, s. 125; Tekin, s. 106.

⁴ Schwander, Ivo. *OFK- Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, s. 266, N. 4, (<https://www.swisslex.ch/>) (Erişim Tarihi: 10.03.2022); Felder, Wilhelm/ Hausheer, Heinz. *Familienrecht für Einsteiger Familienrecht verständlich beschrieben*, Stämpfli Verlag AG, 2021, s. 123; Sutter, Thomas/ Freiburghaus, Dieter. *Kommentar zum neuen Scheidungsrecht*, Schulthess Juristische Medien AG, 1999, s. 54 (<https://www.swisslex.ch/>) (Erişim Tarihi: 10.03.2022); Breitschmid, Peter/ Jungo, Alexandra. *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB PartG*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 374, (<https://www.swisslex.ch/>) (Erişim Tarihi: 10.03.2022); Dural/Öğüz/Gümüş, s. 125; Akıntürk/Ateş, s. 271; Aras, s. 78.

⁵ Seçer, Öz. "Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, 2016, s. 268; Tekin, s. 106; Yargıcı, s. 41

III. ANLAŞMALI BOŞANMA DAVASINDA HÜKMEDİLMEYEN NAFAKANIN SONRADAN TALEP EDİLİP EDİLEMEYECEĞİ MESELESİ

A. Yoksulluk Nafakası Yönünden

Yoksulluk nafakası anlaşmalı boşanma protokolünde yer alması gereken mali sonuçlardan olup Türk Medeni Kanunu m. 175 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre *“Boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek taraf, kusuru daha ağır olmamak koşuluyla geçimi için diğer taraftan mali gücü oranında süresiz olarak nafaka isteyebilir. Nafaka yükümlüsünün kusuru aranmaz.”* Boşanma durumunda istenebilecek olan yoksulluk nafakası, adından da anlaşılacağı gibi, boşanma yüzünden yoksulluğa düşecek tarafı koruma gayesi güder. Kanun koyucu yoksulluk nafakasına ilişkin düzenlemesi ile eşler arasındaki yardımlaşma ve bakım yükümlülüğünün ahlaki ve sosyal düşüncelerle kısmen de olsa boşanma sonrasında da devamını öngörmüştür⁶.

Yoksulluk nafakasının talep edilebilmesinin bazı şartları bulunmaktadır. Bu şartlar: boşanma kararının kesinleşmiş olması, talepte bulunulmuş olması, boşanmanın gerçekleşmesiyle yoksulluğa düşme tehlikesiyle karşılaşmış olma, nafaka talep eden tarafın kusurunun nafaka talep edilen kişiden daha fazla olmaması ve talep edilen nafaka miktarının nafaka yükümlüsünün mali gücü ile orantılı olmasıdır. Yoksulluk nafakası talebi için nafaka talep edilen tarafın kusurlu olması gerekmez. Yoksulluk nafakası için talep gereklidir. Hâkim re’sen yoksulluk nafakasına hükmedemez⁷. Yoksulluk nafakası talebi için talep eden eşin diğer eşten daha kusurlu olmaması gerekir. Anlaşmalı boşanma davasında yoksulluk nafakası protokolde düzenlenmesi gereken zorunlu unsurlardan olup eşler bu konuda anlaşmış olmalıdır.

Eğer taraflar anlaşmalı boşanma protokolünde ya da mahkemede yoksulluk nafakasından feragat ettiklerini açıkça dile getirmişlerse

⁶ Demir, Remzi. “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine İlişkin Tartışmalar”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, C. 32, S. 147, 2020, s. 223; Demirbaş, Ali. “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, C. 5, S.2, 2018, s. 226; Akıntürk/Ateş, s. 302; Aras, s. 76.

⁷ Arbek, Ömer. “Boşanmanın Mali Sonuçları”, AÜHFD, C. 54, S.1, 2005, s. 140-141; Akıntürk/Ateş, s. 302; Aras, s. 77; Yargıç, s. 41; Yücel, s. 247.

artık yoksulluk nafakası talep etmeleri mümkün değildir⁸. Yargıtay'ın bir kararına göre⁹ “... boşanma davasında davacı (kadın), nafaka istemediğini beyan etmiş ve bu beyanını imzası ile tevsik etmiştir. Boşanma kararı kesinleşmiş olmakla, kesin hüküm nedeniyle davacının yoksulluk nafakası talebinin reddine karar verilmesi gerekir.

Kimi durumlarda taraflar protokolde nafakayla ilgili bir düzenleme yapmamış ve hâkim de bu şekilde boşanmaya hükmetmiş olabilir. Böyle bir hâlde boşanma kararından sonra tarafların nafaka talep edip edemeyecekleri hususunda yargı kararları yer almış ve doktrinde tartışmalar yaşanmıştır. Doktrindeki yazarlardan bazıları¹⁰, anlaşmalı boşanma davası sonrasında tarafların artık yoksulluk nafakası talep edemeyeceğini savunmuştur. Yargıtay kararlarında da anlaşmalı boşanma davasında hükmedilmeyen yoksulluk nafakasının sonradan talep edilmesine taraflar açısından kesin hüküm olduğu gerekçesiyle sıcak bakılmamaktadır¹¹. Yargıtay'a göre, yoksulluk nafakası ancak anlaşmalı boşanma sürecinde talep edilmelidir.

Anlaşmalı boşanma davasında hükmedilmeyen yoksulluk nafakasının sonradan talep edilemeyeceğini savunan doktrindeki görüşe göre¹², protokolde mali hükümler yer almamış ve hâkim de taraflara sormayı ihmal ederek boşanma kararı vermiş olsa dahi tarafların bunu temyiz etme imkânı bulunmaktadır. Taraflar eğer bu boşanma kararını temyiz etmemişler ise, tarafların yoksulluk nafakası ve tazminat taleplerinden zımni olarak feragat ettikleri sonucuna ulaşmak mümkündür¹³. Yine bu görüş taraftarlarının

⁸ Seçer, s. 268 vd.; Yargıç, s. 42.

⁹ Y. 3. HD. E. 2015/1220, K. 2015/3087, T. 26.02.2015, <https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022).

¹⁰ Atmaca Ülkü, Hande. Anlaşmalı Boşanma Protokolü, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 96; Yargıç, s. 42; Aras, s. 74.

¹¹ “...Anlaşmalı boşanma esnasında yoksulluk nafakası talep edilmemişse ve karar yoksulluk nafakasını içermiyorsa, taraflar açısından kesin hüküm olduğundan sonradan yoksulluk nafakası istenemez...” Y. 3. HD. E. 2004/8440, K. 2004/9335, T. 20.09.2004, <https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022). Aynı doğrultuda kararlar için bkz. Y. 2. HD. E. 1997/1032, K. 1997/2584, T. 07.03.1997, Y. 3. HD E. 2005/9674, K. 2005/8731, T. 19.09.2005, YHGK E. 2012/3-836, K. 2013/306, T. 06.03.2013, <https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022)

¹² Özdemir, Nevzat. Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003, s. 160; Aras, s. 82.

¹³ Aras, s. 82.

anlaşmalı boşanmadan sonra yoksulluk nafakası istemine sıcak bakmamalarının diğer bir sebebi de kusur yönüdür. Anlaşmalı boşanma davasında kusur araştırması yapılmaz¹⁴. Oysa yoksulluk nafakası isteyen tarafın diğer taraftan daha kusurlu olması mümkün değildir. Hâl böyle olunca anlaşmalı boşanma davasından sonra yoksulluk nafakası talebi bir kusur araştırması yapılmasını gerektirir. Fakat söz konusu anlaşmalı boşanma davası kusura değil anlaşmaya dayalı bir boşanma davasıdır. Bu sebeple de tekrardan kusurun araştırılması anlaşmalı boşanma davasının mahiyeti ile bağdaşmamaktadır¹⁵.

Ancak doktrinde aksini düşünen yazarlardan bazılarının göre¹⁶ ise, anlaşmalı boşanma durumunda eşin yoksulluk nafakası talebinde bulunmadığına dair herhangi bir ibare yer almıyorsa anlaşmalı boşanma davasından sonra yoksulluk nafakası istenebilir. Zira anlaşmalı boşanma davasında mali konuların karara bağlanmaları gerekir. Hâkim bu konuyu kendiliğinden dikkate almalıdır. Eğer taraflar mali konulara ilişkin bir düzenleme yapmamış hâkim de bu konuları ele almayı ihmal etmiş ise, boşanmadan sonra da tarafların yoksulluk nafakası talep edebilecekleri savunulmaktadır. Zira her ne kadar anlaşmalı boşanma davasından sonra yoksulluk nafakası talep edilmesi, kusur araştırması yapılmasını gerektirdiği için anlaşmalı boşanmanın mahiyetiyle örtüşmediği söylene de zaten anlaşmalı boşanmanın gerçekleşebilmesi için -diğer bir ifadeyle kusurun gündeme gelmemesi için- tarafların mali konularda da anlaşmış olmaları gerekmektedir. Tarafların bu konuda anlaşmadan yaptıkları protokolle boşanma esasen şekli olarak gerçekleşmiştir¹⁷. Boşanma davasından sonra protokolde yer almayan yoksulluk nafakası için açılan davada davalı taraf karşı tarafın yoksulluk nafakası talebini kabul ederse kusur araştırmasının yapılmasına gerek kalmaz. Fakat davalı taraf davacının yoksulluk nafakası talebini kabul etmezse, bu durumda anlaşmalı boşanma davası sürecinde de aynı tutumu sergileyeceği düşünülebilir. Taraflar eğer yan konularda anlaşma sağlayamamışlarsa bu durumda anlaşmalı boşanma davası ile

¹⁴ Aras, s. 74; Yücel, s. 247.

¹⁵ Aras, s. 84.

¹⁶ Öztan, Bilge. Aile Hukuku, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015, s. 697; Tekin, s. 108; Seçer, s. 269-270; Yücel, s. 248.

¹⁷ Yücel, s. 248.

başlayan süreç çekişmeli boşanma olarak devam edebilecektir ve çekişmeli boşanma davası söz konusu olduğunda kusur konusu zaten gündeme gelecektir.

Kanaatimizce anlaşmalı boşanma protokolünde yoksulluk nafakasına ilişkin bir hüküm bulunmuyorsa ve hâkim de bu konuyu kendiliğinden dikkate almayı ihmal etmişse, yoksulluk nafakası talep edilebilir. Böyle bir durumda tarafların zımni iradelerinin yoksulluk nafakasından feragat yönünde olduğuna ilişkin görüşe katılmamaktayız. Anlaşmalı boşanmanın şartlarından birisi olan mali konuların ihmal edilerek protokolde yer almaması durumunda boşanmanın şekli olarak gerçekleştiği söylenebilir. Diğer yandan TMK m. 178 hükmü düzenlemesine göre, evliliğin boşanma sebebiyle sona ermesinden doğan dava hakları, boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl geçmekle zamanaşımına uğrar. Bu sebeple anlaşmalı boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde yoksulluk nafakası talep edilebilmesi mümkündür.

B. İştirak Nafakası Yönünden

İştirak nafakası, Türk Medeni Kanunu m. 182 hükmünde düzenlenmiştir. İlgili hükme göre, “*velayet kendisine bırakılmayan eş çocuğun eğitim ve bakım giderlerine gücü oranında katılmak zorundadır*”. İştirak nafakası kısaca, velayet kendisine bırakılmayan tarafın müşterek çocuğun eğitim ve bakım giderleri için yapmış olduğu parasal katkı olarak da tanımlanmaktadır¹⁸. Anlaşmalı boşanma davasında taraflar protokolde uygun bir iştirak nafakası belirleyebilirler. Fakat taraflar kendileri bu konuda karar veremezlerse hâkim çocuğun yararı ve durumunu esas alarak somut şartlar çerçevesinde bir iştirak nafakası meblağı takdir eder. Hatta Yargıtay’a göre herhangi bir talep olmasa dahi hâkim iştirak nafakasına kendiliğinden hükmetmelidir¹⁹.

Anlaşmalı boşanma davası sırasında taraflar protokolde iştirak nafakasına yer vermemiş ve hâkim de bu şekilde iştirak nafakası konusunu ele almadan boşanmaya hükmetmişse anlaşmalı boşanma davası sonrasında Yargıtay ve doktrinin ortak görüşüne

¹⁸ Dural/Öğüz/Gümüş, s. 149; Akıntürk/Ateş, s. 286.

¹⁹ Y. 2. HD. E. 1998/11071, K. 1998/11334, T. 22.10.1998, www.kazancı.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2022).

göre, iştirak nafakası talep edilebilir²⁰. Burada durum yoksulluk nafakasından farklıdır²¹. Zira iştirak nafakası, çocuğun yararı kapsamında olup kamu düzenine ilişkin bir nafaka çeşididir.

SONUÇ

Eşler aralarındaki anlaşmazlığı uzatmamak evliliğin bir an önce son bulmasını istemeleri gibi çeşitli sebeplerle anlaşmalı boşanma yoluna başvurumaktadırlar. Fakat bazı durumlarda eşler boşanma sürecinin uzamamasını istemeleri sebebiyle üzerinde yeterince düşünmeden bir protokol düzenlemekte ve aceleyle boşanmanın kendileri açısından hukukî sonuçlarını da yeterince değerlendirememektedir.

Anlaşmalı boşanma durumunda, çocukların durumu ve boşanmaya ilişkin mali hükümler icra edilebilir şekilde açıkça protokolde yer almalıdır. Protokolde yer alması gereken mali konuları maddi ve manevi tazminat ve yoksulluk nafakasıdır. Ancak taraflar anlaşmalı boşanma protokolünde nafaka kararlaştırmamış hâkim de bu şekilde boşanmaya hükmetmişse tarafların sonradan nafaka talep edip edemeyecekleri konusu yargı kararlarında yer almış ve doktrinde tartışma konusu olmuştur. Doktrinde yer alan bazı yazarlar anlaşmalı boşanma protokolünde yer almayan yoksulluk nafakasının sonradan talep edilemeyeceğini savunmaktadırlar. İlgili görüşü savunan yazarlar tarafların protokolde yoksulluk nafakasına yer vermeyerek zımnen de olsa yoksulluk nafakasından feragat ettiğini savunmaktadırlar. Diğer yandan anlaşmalı boşanma davasında kusur araştırması yapılmamaktadır. Oysa yoksulluk nafakasına hükmedilebilmesi için nafaka talep eden tarafın diğer taraftan daha fazla kusurlu olmaması gerekir. Hâl böyle olunca sonradan talep edilen yoksulluk nafakası için tekrardan kusur araştırılması yapılması gerekir bu da anlaşmalı boşanmanın mahiyetiyle bağdaşmaz.

²⁰ Aras, s. 85; Tekin, s. 108; Yargıç, s. 42; Yücel, s. 249.

²¹ “...Taraflar anlaşmalı boşanma ile boşanmış iseler de o davada davacının çocuklar için iştirak nafakası istememesi, çocukların hakkı olup onların eğitim ve öğretimini sağlayacak yardımın bilahare dava etmesine engel değildir. Bu itibarla çocuklar için iştirak nafakası takdiri gerektiğinin düşünülmemesi doğru değildir...” YHGK E. 1993/2-566, K. 1993/772, T. 01.12.1993, <https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022). Aynı yönde başka bir karar bkz. YHGK E. 2012/3-836, K. 2013/306, T. 06.03.2013, <https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022).

Aksini savunan katıldığımız diğer görüşe göre ise, taraflar anlaşmalı boşanma protokolünde yoksulluk nafakasına yer vermemişlerse hâkim de bu şekilde anlaşmalı boşanma kararına hükmetmişse bu durumda hâkimin ihmalinden bahsedilebilir. Zira çocuğun durumu ve mali hükümlerin protokolde yer alması gerekir. Bu konular ele alınmadan gerçekleşen bir anlaşmalı boşanmanın şekli olarak gerçekleştiği söylenebilir. Bu sebeple protokolde yer almayan yoksulluk nafakasının daha sonradan talep edilebilmesi mümkündür. Ancak TMK m. 178 hükmü gereği, yoksulluk nafakası, anlaşmalı boşanma hükmünün kesinleşmesinden itibaren bir yıl içerisinde talep edilebilir.

Anlaşmalı boşanma davası sırasında taraflar protokolde iştirak nafakasına yer vermemiş ve hâkim de bu şekilde iştirak nafakası konusunu ele almadan boşanmaya hükmetmişse anlaşmalı boşanma davası sonrasında Yargıtay ve doktrinin ortak görüşüne göre, iştirak nafakası süre sınırlaması olmaksızın her zaman talep edilebilir. Zira iştirak nafakası kamu düzenine ilişkin bir nafaka türüdür. Bu sebeple de iştirak nafakası, boşanma davası sonrasında çocuk ergin oluncaya hatta ergin olduktan sonra eğitimi devam ediyorsa eğitimi bitene kadar talep edilebilir.

KAYNAKÇA

- Akıntürk, Turgut/Ateş, Derya. *Aile Hukuku*, 23. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2021.
- Aras, Bahattin. “Anlaşmalı Boşanma Davalarında Tarafların Tazminat ve Nafaka Taleplerinin Karara Bağlanması”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 5, S. 47, 2010, s. 73-87.
- Arbek, Ömer. “Boşanmanın Mali Sonuçları”, *AÜHFD*, C. 54, S.1, 2005, s. 115-163.
- Atmaca Ülkü, Hande. *Anlaşmalı Boşanma Protokolü*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.
- Breitschmid, Peter/ Jungo, Alexandra. *CHK- Handkommentar zum Schweizer Privatrecht Personen und Familienrecht- Partnerschaftsgesetz Art. 1-456 ZGB PartG*, 3. Auflage, Schulthess Juristische Medien AG, 2016, s. 370-379.
- Demir, Remzi. “Yoksulluk Nafakasının Sona Erme Sebepleri ve Yoksulluk Nafakasının Süresizliğine İlişkin Tartışmalar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, C. 32, S. 147, s. 221-249.

- Demirbaş, Ali. “Güncel Tartışmalarla Yoksulluk Nafakası”, *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 5, S.2, 2018, s. 219-235.
- Dural, Mustafa/Öğüz, Tufan/ Gümüş, Mustafa Alper. *Aile Hukuku*, 15. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2020.
- Felder, Wilhelm/Hausheer, Heinz. Familienrecht für Einsteiger Familienrecht verständlich beschrieben, Stämpfli Verlag AG, 2021.
- Öncü, Özge. “Eşlerin “Anlaşmalı Boşanma” Çerçevesinde Mal Rejiminin Tasfiyesine Yönelik Olarak Yaptıkları Anlaşmalar Ve Bu Anlaşmaların Uygulamada Doğurduğu Sorunlar”, *D.E.Ü. Hukuk Fakültesi Dergisi*, Prof. Dr. Şeref ERTAŞ’a Armağan, C. 19, Özel Sayı-2017, s. 793-835.
- Özdemir, Nevzat. *Türk-İsviçre Hukukunda Anlaşmalı Boşanma*, 1. Baskı, Beta Yayınları, İstanbul, 2003.
- Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*, 6. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2015.
- Schwander, Ivo. *OFK- Orell Füssli Kommentar Schweizerisches Zivilgesetzbuch*, 3. Überarbeitete Auflage, Orell Füssli Verlag, 2016, s. 265-268.
- Schwenzer, Ingeborg/ Fankhauser, Roland. *FamKomm Vierter Teil: Die Ehescheidung und die Ehetrennung/ Erster Abschnitt: Die Scheidungsvoraussetzungen/Art. 111*, 3. Auflage, Stämpfli Verlag, 2017, s. 33-46.
- Seçer, Öz. “Anlaşmalı Boşanmada Eşlerin Yaptıkları Anlaşma”, *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C.7, S.2, 2016, s. 259-286.
- Sutter, Thomas/ Freiburghaus, Dieter. Kommentar zum neuen Scheidungsrecht, Schulthess Juristische Medien AG, 1999, s. 51-68.
- Tekin, Helin Neval. *Anlaşmalı Boşanma*, 1. Baskı, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2019.
- Tuncer Kazancı, İdil. “Anlaşmalı Boşanma Kararlarının Medeni Usul Hukuku Bakımından Niteliği”, *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. 11, S. 145-146, 2016, s. 755-776.
- Turhan, Mehmet İbrahim. “Türk Hukukunda Anlaşmalı Boşanma ve Anlaşmalı Boşanmada Karşılaşılan Hukuki Meseleler”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C.0, S. 186, 2022, s. 97-109.
- Yargıç, Zeynep. *Türk Hukuku’nda Anlaşmalı Boşanma Davası ve Hukuki Sonuçları*, 1. Baskı, On İki Levha Yayınları, İstanbul, 2021.
- Yücel, Sevtap. “Yargıtay Kararları Işığında Anlaşmalı Boşanma Davası Sonrasında Nafaka ve Tazminat Talepleri”, *Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, C. IV, S.1, 2018, s. 239-257.

Yargıtay Kararları

- Y. 3. HD. E. 2015/1220, K. 2015/3087, T. 26.02.2015,
<https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022)
- Y. 3. HD. E. 2004/8440, K. 2004/9335, T. 20.09.2004,
<https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022)
- Y. 3. HD E. 2005/9674, K. 2005/8731, T. 19.09.2005,
<https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022)
- Y. 2. HD. E. 1998/11071, K. 1998/11334, T. 22.10.1998,
www.kazancı.com.tr (Erişim Tarihi: 10.03.2022).
- Y. 2. HD. E. 1997/1032, K. 1997/2584, T. 07.03.1997,
<https://legalbank.net/> (Erişim Tarihi: 10.03.2022)
- YHGK E. 1993/2-566, K. 1993/772, T. 01.12.1993, <https://legalbank.net/>
(Erişim Tarihi: 10.03.2022)
- YHGK E. 2012/3-836, K. 2013/306, T. 06.03.2013, <https://legalbank.net/>
(Erişim Tarihi: 10.03.2022)

Elektronik Kaynaklar

- Kazancı İçtihat Bankası, www.kazancı.com.tr
Legalbank <https://legalbank.net/>
Jurix <https://www.jurix.com.tr/>
Swisslex <https://www.swisslex.ch/>

ÜST HAKKININ SONA ERMESİ HALİNDE ÖDENMESİ KARARLAŞTIRILAN ÜST HAKKI BEDELİNE İLİŞKİN ANLAŞMALARIN ŞERHİ

*Onur İLHAN**

Öz

Üst hakkı (inşaat hakkı), Türk Medeni Kanunu'nda düzenlenen ve son yıllarda önemi gittikçe artan irtifak haklarından biridir. Sahibine, bir taşınmazın üstünde veya altında yapı inşa etme veya mevcut olan yapıyı kullanma hakkı veren üst hakkı, taşınmaz üzerinde iki ayrı mülkiyetin doğmasına yol açmaktadır. Mülkiyet haklarından biri, üzerinde üst hakkı kurulan ana taşınmaz olup diğeri üst hakkı sahibinin mülkiyetinde olan, taşınmazın üzerinde veya altındaki yapının mülkiyetidir. Üst hakkı süresi boyunca, üst hakkı sahibi tarafından sözleşme ve kanun hükümlerine göre kullanılan yapı, sürenin sonunda arazi malikine kalır ve arazinin bütünleyici parçası hâline gelir (TMK.m.828). Bu hâlde, Türk hukukunda kural olarak arsa malikinin üst hakkı sahibine bedel ödemesi gerekmez (TMK.m.829). Ancak taraflar sözleşmede bedel ödeneceğini de kararlaştırabilirler. Taraflar, sözleşmede kararlaştırdıkları bu bedelin miktarını ve hesaplanış biçimini üst hakkının kurulması için gerekli olan resmi şekilde yaparlar. Yapılan bu sözleşme tapu kütüğüne şerh verilerek üçüncü kişilere de ileri sürülebilir hâle getirilir. Öğretide, yapılan bu sözleşmenin üst hakkı sözleşmesinin eki hâline getirilmesi gerektiği ifade edilmektedir. İsviçre Medeni Kanunu ile Türk Medeni Kanunu, bedele ilişkin bu sözleşmenin yapılması konusunda farklılık göstermektedir. İsviçre Medeni Kanunu'na göre, üst hakkının sona ermesi hâlinde üst hakkı sahibine ödenecek bedele ilişkin yapılan sözleşmenin resmî şekilde yapılmasını yeterli görmeyip, tapu kütüğüne de şerh verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Türk Medeni Kanunu m. 830'a göre ise, bu sözleşme resmî şekilde yapıldığında kurulmuş olacaktır. Taraflar isterse tapu kütüğüne şerh verdirecek, bedele ilişkin yapılan sözleşmeden doğan alacağa eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam etki kazandırabilirler. Üst hakkının sona ermesiyle arazi malikinin kendisine kalan yapılar karşılığında ödemesi gereken bedel, üst hakkı kendileri için rehdilmiş olan rehinli alacaklıların alacaklarının güvencesini oluşturur. Bu nedenle arazi maliki,

* Arş. Gör., Necmettin Erbakan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Medeni Hukuk Anabilim Dalı, ilhanonur70@gmail.com, ORCID ID: 0000-0002-1658-3867.

söz konusu bedeli, rehinli alacaklıların rızası olmadan üst hakkı sahibine ödemeyecektir. (TMK.m.829). Ayrıca taraflar arasında üst hakkı bedelinin kaldırılması veya azaltılmasına ilişkin bir anlaşma yapılması, üst hakkı tapuya bağımsız bir taşınmaz olarak kaydedilip üzerinde rehin kurulmuşsa, ancak rehinli alacaklıların izniyle mümkün olabilir (TMK.m.829/II).

Anahtar Kelimeler: Üst hakkı, üst hakkının sona ermesinde ödenecek bedel, şerh, üst hakkının sona ermesi.

In Case of The Termination of The Right of Superficies Adjudged to be Paid Annotation of Related Agreements

Abstract

Superficies (right of building), is one of the easements that is regulated in the Turkish Civil Code and whose significance has increased in recent years. Superficies, which give the owner the right to construct a building on or under a real estate or to use the existing building, lead to the result of two separate ownerships of the real estate. One of the ownership is the main real estate on which the right of superficies is established, another is ownership of the structure above or below the real estate, which is the property of the owner of the superficies. The building which is used by superficies in accordance with the law and contract remains with the landowner at the end of the period and becomes an integral part of the land (TCC.Art.828). In this situation, as a rule in Turkish law, the landowner is not required to pay any price to the rightful owner (TCC.Art.829). But, parties may also determine that pay to price in the contract. The parties make the amount and calculation method of this price agreed in the contract in the official form necessary for the establishment of the right of construction. This contract makes an annotation to the land registry, making it adducible to third parties. In the doctrine, it is stated that this contract should be made an annex to the right of construction contract. The Swiss Civil Code and Turkish Civil Code differ in making this contract regarding the price. According to the Swiss Civil Code, it did not consider it sufficient to make an official form regarding the price to be paid to the owner of the superficies in case of termination of superficies and accepted that annotation should be given to the land registry. According to the Turkish Civil Code Art. 830, this contract will be established when it is made official form. If the parties wish, they can have an annotation on the land registry, and the debt-related effect of the goods and collateral effect may be added to the receivable arising from the contract regarding the price. Upon the expiration of the superficies, the price that the landowner has to pay for the buildings left to him constitutes the guarantee of the receivables of the

pledged creditors whose superficieses have been pledged for them. For this reason, the landowner will not pay the said price to the right of construction without the consent of the pledged creditors (TCC.Art. 829). In addition, an agreement between the parties regarding the abolition or reduction of the right of construction may only be possible with the permission of the pledged creditors, if the right of construction is registered as an independent immovable in the title deed and a pledge is established on it (TCC.Art.829/II).

Keywords: Superficies, price when expiration of superficieses, annotation, expiration of the superficieses.

GİRİŞ

Üst hakkı, irtifak haklarının çeşitlerinden biridir. Üst hakkının varlığı sayesinde, taşınmazları, maliklerinden başka kişiler kullanabilmekte ve taşınmaz üzerinde yapı inşa edebilmektedir. Böylece, malikin arsa üzerinde yapı yapacak malî gücü olmadığına yahut yapı inşa etmek istemediğinde, bunu isteyen birine üst hakkı tanıyarak taşınmazın kullanımını sağlar. Ekonominin gelişmesine, arsaların üstünün veya altının arsa malikinden farklı kişiler tarafından kullanılmasına olanak tanıyan üst hakkı bu açıdan önem arz etmektedir.

Eski hukukumuzda örfü belde gediği, paftos hakları şeklinde yaygın olarak kullanılan üst hakkı, yakın zamana kadar uygulama fazlaca kullanılmamaktaydı¹. Ancak günümüzde, gerek özel hukuk kişileri gerek kamu tüzel kişilerince üst hakkı kurulması uygulamada tercih edilen bir kurum hâline gelmiştir. 473 sayılı Eski Medeni Kanun'da üst hakkı ilk etapta iki maddede düzenlenmekteydi. İsviçre'deki gelişmelere paralel olarak üst hakkıyla ilgili ek maddeler zamanla kabul edildi. 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ise, önceki hükümler aynen korunmuştur. Böylece, ekonomik ve sosyal açıdan önem arz eden üst hakkı, Kanun'da nispeten detaylı bir düzenlemeye kavuşmuştur.

Roma hukukunda üst hakkı, toprakların çoğunun ya devletin elinde olması ya da büyük toprak sahiplerinin elinde olması sebebiyle artan nüfusun arazi ve yapı ihtiyacı başkalarının arazisi üzerinden sağlanmaya çalışılmasıyla ortaya çıkmıştır². Roma'da üst hakkına ihtiyaç duyulmasının sebebi, kira sözleşmesi ve intifa hakkı ile istenilen amaca ulaşamamasıdır. Zira Roma hukukunda kira sözleşmesinde kiracı, kiralayanın rızası olmaksızın kiralananı başkasına devredemediği gibi kiraya veren kiralananı satarsa kira sözleşmesi de sona ermekteydi. İntifa hakkı da şahsî irtifaklar arasında yer aldığından bu durumda da üçüncü kişiye devir mümkün değildi³. Bu sebepler, arazi üzerinde kurulan hakkın başkasına devrini sağlayan üst hakkının doğmasına neden olmuştur.

¹ Gürzumar, Osman Berat. *Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı*, İstanbul 1998, s. 1.

² Günel, A. Nadi. "Roma Hukuku'nda Üst Hakkı (Superficies)", *AÜHF*, C. 47, S. 1, 1998, s. 107-118, s. 107.

³ Günel, s. 108-109.

Çalışmada, üst hakkının sona ermesi hâlinde, taraflarca karşılaştırılan bedelin ödenmesine yönelik anlaşmanın tapu kütüğüne şerh edilmesi konusu incelenecektir. Öncelikle, üst hakkının tanımı, kurulması, çeşitleri, hükümleri ve sona ermesi incelenecek olup devamında, çalışmanın aslını oluşturan şerhlerle ilgili TMK m. 830 düzenlemesi açıklanmaya çalışılacaktır.

I. ÜST HAKKININ TANIMI, KURULMASI VE ÇEŞİTLERİ

A) ÜST HAKKININ TANIMI

Üst hakkı, başkasına ait bir arazi üzerinde veya altında inşaat yapma veya yapılmış bir inşaatı muhafaza etme yetkisi veren ve bu yapı üzerinde irtifak hakkı sahibine mülkiyet hakkı kazandıran bir irtifak hakkıdır⁴. Üst hakkının konusu ancak taşınmaz olabilir⁵. Üst hakkı kurulmasına rağmen, arazi malikinin, arazi üzerindeki mülkiyet hakkı devam edeceğinden, malik, araziyi devredebilir veya rehnedebilir⁶. Arazi sahibi, üst hakkından dolayı, irtifakı kuran resmî senette yer alan hükümlere uygun şekilde taşınmazın üst hakkı sahibi tarafından kullanılıp yapı inşa edilmesine ve yaptığı yapıyı muhafaza etmesine katlanmakla yükümlüdür⁷.

Üst hakkı kavramı, İsviçre Medeni Kanunu'nun Fransızca metninden (*Droit de superficie*) alınmıştır. Ancak doktrinde, Almanca metindeki "*Baurecht*" teriminin çevirisi olan inşaat hakkı kavramının, üst hakkı kavramından daha isabetli olduğu ileri sürülmektedir. Zira, üst hakkı ile sadece arazinin üstüne bir yapı yapma hakkı verilmiş gibi bir algı oluşmaktadır. Buna karşın, inşaat, arazinin üstünde veya altında yapılabileceğinden, inşaat

⁴ Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol, *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1984, s. 891; Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2017, s. 866; Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar*, Konya 2015, s. 101; Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2018, s. 560; Wieland, C./ Karafakı, İsmail Hakkı. *Kanunun Medenide Aynı Haklar C. II*, Ankara 1949, s. 496; Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim. *Sınırlı Aynı Haklar*, 2. Baskı, İstanbul 1982-1983, s. 159; Ayiter, Nuşin. *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı*, Ankara 1983, s. 165; Akipek, Jale. "Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti", *Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu'na Armağan*, Ankara 1972, s. 25-71, s. 32; Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016, s. 365; Gürzumar, s. 31; Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Eşya Hukuku C. 1*, İstanbul 1989, s.891; Demirsatan, Barış. *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 2. Baskı, İstanbul 2017, s. 4; Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*, Ankara 2020, s. 107.

⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 866.

⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 866; Sirmen, s. 560.

⁷ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 866; Sirmen, s. 560; Ayan, s. 105.

hakkı kavramı, bu irtifak hakkını daha iyi karşılamaktadır⁸. Fakat, bu çalışmada, kanunda kullanılan ismiyle üst hakkı kavramı tercih edilmiştir.

B) ÜST HAKKININ KURULMASI (KAZANILMASI)

Üst hakkının kazanılması, kanunda özel olarak düzenlenmemiştir. Doktrinde, taşınmaz lehine irtifakların kurulmasına ilişkin TMK m. 780 hükmünün kıyasen üst hakkının kazanılmasına da uygulanması gerektiği kabul edilmektedir⁹. TMK m. 780/II'ye göre, "İrtifak hakkının kazanılmasında ve tescilinde, aksi öngörülmemiş olmadıkça taşınmaz mülkiyetine ilişkin hükümler uygulanır". Üst hakkının kurulmasını sağlayan irtifak sözleşmesi resmî şekle bağlıdır (TMK m. 827). Üst hakkının tapuya tescil edilebilmesi için, geçerli bir hukukî sebep bulunmalı ve yetkili kişi tarafından, tapuya tescil talebi, tapu memuruna yöneltilerek işlemin gerçekleştirilmesinin sağlanması gerekir¹⁰. Geçerli bir hukukî sebep söz konusuysa, malikin talebi üzerine tapu memuru tescil işlemini yapar ve üst hakkı kazanılmış olur. Yüklü taşınmaz paylı mülkiyete tabi ise, talep bütün paydaşlarca yapılmalıdır. Aynı durum, elbirliği mülkiyetinde de geçerlidir¹¹.

Türk Medeni Kanunu m. 830'a göre, "Taşınmaz malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine ödenmesi kararlaştırılan bedelin miktarı ve bunun hesaplanmış biçimi ile bu bedel borcunun kaldırılmasına ve arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin anlaşmalar, üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbidir".

Üst hakkını kuran bu irtifak sözleşmesi, üst hakkı sözleşmesi olarak adlandırılır¹². Bu sözleşme, borçlandırıcı bir sözleşmedir. Üst hakkı sözleşmesi, kanunda ayrıca düzenlenmediğinden isimsiz bir sözleşme olarak nitelendirilebilir. İsimsiz sözleşme türlerinden ise, kendine özgü yapısı olan sözleşme (sui generis sözleşme) türüne

⁸ Köprülü /Kaneti, s. 158; Akipek, s. 31; Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir. *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991, s. 704.

⁹ Sirmen, s. 561; Oğuzman/ Selici/ Oktay Özdemir, s. 869; Ayan, s. 103.

¹⁰ Ayan, s. 103; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 893.

¹¹ Ayan, s. 104.

¹² Üst hakkı sözleşmesinin, üst hakkını devir sözleşmesinden farklı olduğu yönünde bkz., Oğuzman/ Selici/ Oktay Özdemir, s. 870, dn. 465a.

girmektedir¹³. Bu sebeple, üst hakkı sözleşmesinde düzenlenmeyen hususlarda, genel hükümler birlikte kanunda düzenlenen diğer sözleşmelere ilişkin hükümler, niteliğine uygun düştüğü ölçüde kıyasen uygulama alanı bulacaktır¹⁴. Aynı zamanda, hâkimin hukuk yaratması da mümkün olabilecektir. Bu açıdan, satış sözleşmesi ve kira sözleşmesi hükümleri, üst hakkı sözleşmesine kıyasen uygulanma hususunda önem taşır¹⁵. Ancak üst hakkı isimsiz bir sözleşme olduğundan, tarafların sözleşmeyi yaparken kararlaştırmış oldukları hükümlere göre kanunda düzenlenmiş farklı bir sözleşmenin de kıyasen uygulanabileceği ihtimali göz ardı edilmemelidir.

Üst hakkı sözleşmesinin objektif unsuru, taşınmaz malikin taşınmazında bir yapı inşa etmek veya mevcut yapıyı korumak yetkisini diğer tarafa bir irtifak hakkı olarak tanınması ve yetkiyi elde eden karşı tarafın, yüklü taşınmazın mülkiyetinden bağımsız bir mülkiyet hakkı kazanmasıdır¹⁶. Üst hakkının bağımsız olup olmaması, objektif bir unsur olmadığından üst hakkı sözleşmesinin yapılması için kararlaştırılması zorunlu olan bir husus değildir.

Üst hakkı süresinin objektif unsur olup olmadığı ise doktrinde tartışmalıdır. Doktrindeki hâkim görüşe göre, üst hakkı süresi, üst hakkı sözleşmesinin zorunlu içeriğine dâhildir ve objektif esaslı bir unsurdur¹⁷. Diğer bir görüş, bu konuyu ikili bir şekilde değerlendirerek bağımsız ve bağımlı üst hakkı açısından farklı sonuca varmaktadır. Bu görüşe göre, üst hakkı bağımsız değilse ve eşyaya bağlı ya da kişiye bağlı kurulmuş ve sözleşmede süreye dair hüküm yoksa eşyaya bağlı üst hakkı süresiz, kişiye bağlı üst hakkı ise kişinin ömrü boyunca devam eder. Böylece, bağımlı üst hakkında sürenin, sözleşmenin içeriğine dâhil zorunlu bir unsur olmadığı kabul edilmektedir¹⁸. Buna karşın, bağımsız bir üst hakkı söz konusuysa, süre sözleşmenin esaslı bir unsuru hâline gelir. Zira, TMK m. 826 ve m. 836 hükümlerinin ilgili üst hakkı açısından uygulama alanı bulup bulmayacağı, üst hakkının bağımsız ve

¹³ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 870.

¹⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 870-871.

¹⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 871.

¹⁶ Gürzumar, s. 154.

¹⁷ Köprülü/ Kaneti, s. 165.

¹⁸ Gürzumar, s. 157.

sürekli niteliğinin tespiti açısından, sürenin üst hakkı sözleşmesinin esaslı unsuru olduğu ifade edilmektedir¹⁹.

Üst hakkı sözleşmesinde üst hakkı bedeli kararlaştırılması gerekmez²⁰. Dolayısıyla, üst hakkı sözleşmesinde ivazın esaslı unsur olmadığı ifade edilmelidir.

Kişi lehine kurulan üst hakkı, yüklü taşınmazın tapu kütüğü sayfasına tescil edilir (TST m. 30/I, II). Taşınmaz lehine kurulan üst hakkı ise, hem yüklü taşınmazın hem de yararlanan taşınmazın tapu kütüğü sayfalarına tescil edilir (TST m. 30/I, III).

Üst hakkı, TMK m. 705/II'deki durumların gerçekleşmesi hâlinde tescil dışı kazanılmış olur. Ayrıca, TMK m. 712'de düzenlenen olağan zamanaşımı yoluyla veya m. 713'te düzenlenen olağanüstü zamanaşımı yoluyla da üst hakkının kazanılması mümkündür.

Üst hakkı, bir sözleşmeyle kurulabileceği gibi ölüme bağlı bir tasarrufla da kurulabilir²¹. Uygulamada çok rastlanmasa da üst hakkının ölüme bağlı tasarrufla kurulduğu hâllerde uyulması gereken şekil, ilgili ölüme bağlı tasarrufun bağlı olduğu şekildir²².

Üst hakkı, özel mülkiyete tâbi taşınmazlar üzerinde kurulabileceği gibi kamu mülkiyetine tâbi taşınmazlar üzerinde de idarenin izni ile kurulabilir²³.

C) ÜST HAKKININ ÇEŞİTLERİ

Üst hakkı, irtifak hakkı olduğundan bir aynî haktır²⁴. Kişiye bağlı olarak kurulabileceği gibi taşınmaza bağlı olarak da kurulabilir. Dolayısıyla, üst hakkı, sadece kişiye bağlı olarak kurulabilen intifa ve oturma haklarından farklılık arz eder. Üst hakkı, başkasına devredilebilir ve hak sahibi öldükten sonra mirasçılara geçer. Ancak, taraflar sözleşmede üst hakkının devredilmeyeceğini kararlaştırabilir (TMK m. 826/II).

¹⁹ Gürzumar, s. 157-158.

²⁰ Gürzumar, s. 158.

²¹ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 870.

²² Köprülü/ Kaneti, s. 59; Gürzumar, s. 153; Ergüne, Mehmet Serkan. "Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar", *İÜHFİM*, C. LXVI, S.1, 2008, 275-292, s. 280.

²³ Eren, s. 365.

²⁴ Wieland/ Karafaki, s. 497.

Kişiye bağlı olarak kurulan üst hakkı, gerçek kişi lehine kurulabileceği gibi tüzel kişi lehine de kurulabilir²⁵.

Üst hakkı, bağımsız bir irtifak hakkı olarak en fazla yüz yıllığına kurulabilir. Kurulan üst hakkı, süresinin dörtte üçü dolduktan sonra, kurulması için öngörülen şekle uyularak en fazla yüz yıl daha uzatılabilir (TMK m. 836). Bağımsız kişisel irtifak olarak kurulan üst hakkı, en az otuz yıllığına kurulmuşsa, sürekli nitelikte sayılır. Böylece, bağımsız ve sürekli olarak nitelenen üst hakkı, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilir. Bu konuda istem hakkı, üst hakkı sahibine aittir (TMK m. 826). Tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilen üst hakkı, bir yapı yapılmış olsun ya da olmasın, taşınmaz gibi işlem görür diğer bir deyişle devredilebilir veya taşınmaz rehniyle sınırlanabilir²⁶. Üst hakkının tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmesi, hem hakka açıklık sağlar hem de üst hakkı üzerinde yapılacak işlemler konusunda taşınmazlara ilişkin geçerlilik şartları etkili olur. Böylece, üst hakkı sahibi, daha kolay kredi elde edebilecek duruma gelir²⁷.

Üst hakkı, başka bir taşınmaz lehine kurulmuşsa, eşyaya bağlı bir irtifak söz konusu olur. Ancak bu hâlde de, esas olarak kişisel irtifakları düzenleyen TMK m. 826 vd. hükümlerinden bazıları (m. 827, 828/I, 829, 830) eşyaya bağlı irtifaklara da uygulanabilir²⁸. Taşınmaz lehine kurulan üst hakkı, bağımsız olmadığından başkasına devredilemez ve mirasçılara geçmez. Bu durumda üst hakkı ancak yararlanan taşınmazın edinilmesi ile kazanılabilir²⁹.

II. ÜST HAKKININ HÜKÜMLERİ

Üst hakkının en önemli hükmü, üst hakkı sahibine yüklü taşınmazın üstünde veya altında inşaat yapmasına ve yapılan inşaatı muhafaza etmesine imkân vermesidir. Üst hakkı sahibi, inşa ettiği yapı üzerinde mülkiyet hakkına da sahip olur (TMK m. 726). Bu yapı üzerindeki mülkiyet, üst hakkı irtifakına sıkı şekilde bağlı olan bir aynı haktır (*subjektiv-dingliches Recht*)³⁰. Böylece, iki ayrı mülkiyet

²⁵ Sirmen, s. 560; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 893.

²⁶ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 893.

²⁷ Ergüne, s. 280.

²⁸ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 869.

²⁹ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 893.

³⁰ Gürzumar, s. 115; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877; Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 892; Ayiter, s. 129.

hakkının varlığından söz edilebilir. Birincisi, üst hakkının tanındığı yüklü taşınmaza ilişkin mülkiyet hakkı ki bu hak arazinin malikine aittir. İkincisi ise, üst hakkı sahibinin, bu hakkına dayanarak inşa edeceği yapı üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Bu iki mülkiyet hakkı arasında hukukî bir ilişki söz konusu olmadığından birbirinden bağımsızdır³¹. Dolayısıyla, yüklü taşınmaz üzerinde kurulacak aynı haklar üst hakkına konu olan inşaatı etkilemeyeceği gibi üst hakkının üzerinde kurulan aynı haklar da üzerinde bulunduğu araziye etkilemez³².

Üst hakkına konu olan inşaat üzerindeki mülkiyet ile üst hakkı irtifakı sıkı şekilde birbirine bağlı olduğundan, inşaatın mülkiyetinin devredilmesi için üst hakkının da devredilmesi gerekir³³. Bunun haricinde üst hakkı sahibi, inşaat üzerinde kira sözleşmesi gibi taahhüt işlemleri de yapabilir.

Üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikteyse, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya taşınmaz olarak kaydedilebilecek ve hakkın konusunu oluşturan inşaat mevcut olsa da olmasa da bu hak taşınmaz gibi işlem görecektir (TMK m. 726). Böylece, üst hakkına konu olan inşaat mevcutsa, taşınmaz mülkiyeti gibi devir, rehin ve diğer işlemlere konu olabilecektir³⁴. Ayrıca, üst hakkı sahibi, başka bir kişi ile anlaşarak kendi hakkı üzerinde de üst hakkı kurabilir³⁵.

Üst hakkı, tapu kütüğünde ayrı bir sayfaya kaydedilmemişse, irtifak olarak kayıtlı olduğu sayfa üzerinden devredilebilir ancak ipotek kurulamaz. Ancak hak rehni veya intifası işlemleri yapılabilir³⁶. Üst hakkı bağımsız değilse, rehin veya intifa hakkı yapılamaz. Üst hakkı bağımsız olmakla birlikte sürekli değilse, ayrı bir sayfaya kaydedilemeyeceğinden, hak rehni işlemine ya da hak intifasına konu olabilir³⁷.

Üst hakkının içeriği, TMK m. 827'de düzenlenmektedir. Bu maddeye göre, üst hakkının kurulmasına yönelik resmî senette, yapının konumu, şekli, boyutu, özgülenme amacı ve yapı

³¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 892.

³² Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 892.

³³ Köprülü/ Kaneti, s. 166; Ayan, s. 105.

³⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877.

³⁵ Ayan, s. 106; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877, dn. 483.

³⁶ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877.

³⁷ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877.

bulunmayan yerlerden faydalanmaya ilişkin sözleşme kayıtları herkes için bağlayıcıdır. Örneğin, üst hakkı sözleşmesinde bir alışveriş merkezi yapılacağı hususunda anlaşılmışsa, bunun yerine bir konutu ne cüzî halefler ne de küllî halefler yapabilir.

Resmî senette yer alan ve aynî hakkın kapsamını belirleyen, somutlaştıran hususlar, sadece TMK m. 827’de sayılanlarla sınırlı olup bunlar aynî etkiye sahiptir. Buna karşın, yapının bakımı, işletilmesi, kiraya verilmesi gibi hususlarla ilgili anlaşmalar sadece tarafları ve küllî haleflerini bağlayıp cüzî halefleri bağlamaz³⁸. Doktrinde, TMK m. 827’de sayılanlar dışında resmî senette yer alan ve üst hakkının içerik ve kapsamıyla yakından ilgili olan hususların da aynî etkiye sahip olacağı ifade edilmektedir³⁹. Yüklü taşınmaz malikinin kişisel faaliyetlerini sınırlayan kayıtlar, üst hakkı içeriğine dâhil değildir. Çünkü bu kayıtların, yüklü taşınmaz ile ilgili yoktur. Bu tarz yükümlülükleri içeren kayıtlar, sadece sözleşme taraflarını etkileyen nisbî nitelikteki borçlardır⁴⁰.

Yüklü taşınmaz malikine olumlu edim yükleyen sözleşme kayıtları da, irtifak haklarının esas içeriğini yapma borçları oluşturamayacağından, aynî etkili olarak değerlendirilmezler. Ancak bunlar, üst hakkına bağlı yan borç olarak kararlaştırılabilir ve eşyaya bağlı borç niteliği kazanabilir⁴¹.

Üst hakkı karşılığında ödenecek ivaz da üst hakkı içeriğine dâhil değildir dolayısıyla, aynî etkiye sahip olmaz⁴². Üst hakkı karşılığında ödenecek bedel, üst hakkı sahibinin kişisel borcudur⁴³. Bu borcun ödenmesi irat şeklinde kararlaştırılmışsa, yüklü taşınmaz maliki, taşınmaz olarak tapuya kayıtlı üst hakkı üzerinde irat alacağının azami üç yıllık miktarıyla sınırlı olacak şekilde, bir

³⁸ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 878. İsviçre hukukunda, TMK m. 827’ye denk olan madde değiştirilerek üst hakkı sözleşmesindeki borçların şerh edilebileceği ve eşyaya bağlı borç ilişkisi kurulabileceği düzenlemiştir. Bkz., Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877. Eşyaya bağlı borç, bir kişiyi bir malın maliki olduğu için yükümlülük altına sokan borçtur. Bkz., Oğuzman, M. Kemal. “Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar”, *İÜHFİM*, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209-219, s. 214.

³⁹ Gürzumar, s. 122. Aksi yönde bkz., Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 877; Sirmen, s. 564.

⁴⁰ Gürzumar, s. 122.

⁴¹ Gürzumar, s. 123.

⁴² Gürzumar, s. 123.

⁴³ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 878.

teminat ipoteği kurulmasını, mevcut üst hakkı sahibinden talep edebilir⁴⁴.

III. ÜST HAKKININ SONA ERMESİ VE SONUÇLARI

A) ÜST HAKKININ SONA ERMESİ SEBEPLERİ

Üst hakkının sona ermesiyle ilgili kanunda özel bir düzenleme bulunmamaktadır. Doktrinde, taşınmaz lehine irtifak haklarının sona ermesine ilişkin esasların üst hakkının sona ermesine de uygun düştüğü ölçüde uygulanacağı kabul edilmektedir⁴⁵. Bu sebeple, taşınmazın yok olması, üst hakkı sahibinin malikle yapmış olduğu anlaşmaya dayanarak ya da hakkından feragat etmek için terkin talebinde bulunması ve tapu memurunun terkinin gerçekleştirilmesi, kamulaştırma, taraflarca süre kararlaştırılmışsa sürenin dolması gibi hâller üst hakkını sona erdirir⁴⁶. Mirasçıya geçmeyen, kişiye bağlı bir üst hakkı söz konusuysa, kişinin ölümüyle üst hakkı sona erecektir⁴⁷.

Üst hakkı, sürenin dolmasına bağlı olarak sona ermekteyse, kendiliğinden ortadan kalkar. Malik, tek başına artık şekli nitelik taşıyan üst hakkının tescilinin terkinini isteyebilir. Üst hakkı, ayrı bir taşınmaz olarak tapu kütüğüne kaydedilmişse, sürenin sona ermesiyle bu sayfa da kapatılır⁴⁸. Bu durumda, üst hakkı üzerinde mevcut olan rehin hakkı, diğer haklar ve kısıtlamalar da sayfanın kapatılmasıyla son bulur (TMK m. 828/II). Doktrinde, üst hakkının süreye bağlı olarak sona ermesiyle birlikte, tapu sicilinden terkin edilmediği hâllerde, bu tescilin hiçbir hukukî sonuç doğurmayacağı ifade edilmektedir⁴⁹.

Üst hakkını terkenden önce sona erdiren hâllerden biri de taşınmazın tamamen yok olmasıdır. Örneğin, yüklü taşınmaz, sel nedeniyle sular altında kalmış ve devamlı bir gölet oluşmuşsa üst hakkı kendiliğinden sona erer. Buna karşın, yararlanan taşınmazın yok olması, üst hakkını sona erdirmez. Zira, üst hakkı inşaat lehine değil, taşınmaz lehine kurulur.

⁴⁴ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 878-879.

⁴⁵ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 871; Sirmen, s. 561; Ayan, s. 109; Gürzumar, s. 175.

⁴⁶ Ayan, s. 109.

⁴⁷ Sirmen, s. 561; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 871; Gürzumar, s. 178.

⁴⁸ Ayan, s. 109;

⁴⁹ Gürzumar, s. 178.

Üst hakkı, mahkeme kararıyla sona erdiğinde de terkenden önce sona ermiş olur (sadece maddî anlamda). Bu husus, TMK m. 780 atfıyla TMK m. 716'nın uygulanması suretiyle gerçekleşebilir. Mahkeme kararıyla gerçekleşen sona ermede, üst hakkı şeklen varlığını sürdürür. Üst hakkı tescilinin terkin edilmesi, kurucu değil açıklayıcı bir işlev görür⁵⁰.

Kamulaştırma, üst hakkını sona erdiren sebeplerinden bir diğeridir. Kamulaştırma da üst hakkını terkenden önce sona erdirir⁵¹. Yüklü taşınmazın kamulaştırılması ile sona eren üst hakkı, sicilden de terkin edilmelidir. Böylece hem maddi hem de şekli anlamda üst hakkı sona ermiş olur.

B) ÜST HAKKININ SONA ERMESİNİN SONUÇLARI

Üst hakkının sona ermesiyle birlikte, ilk olarak inşaat üzerindeki mülkiyet hakkı yüklü taşınmaz malikine geçer. Üst hakkı sona erdiğinde, TMK m. 726'nın koyduğu istisna son bulur ve bütünlüğü parça kuralı tekrar devreye girerek üst hakkı konusu inşaat, arazi malikinin mülkiyetine dâhil olur⁵².

Üst hakkının sona ermesiyle birlikte, inşaatın mülkiyetini kazanan arazi malikinin kural olarak, üst hakkı sahibine bedel ödemesi gerekmez (TMK m. 829/I). Ancak, taraflar, üst hakkının sona ermesiyle inşaatın mülkiyetini kazanan arazi malikinin, üst hakkı sahibine bedel ödemesini kararlaştırabilirler. Tarafların bu yönde yapacağı anlaşmada, bedelin miktarı ve bunun hesaplanış biçimi üst hakkının kurulması için gerekli olan resmî şekle tâbidir. Dolayısıyla, bedel ödenmesine ilişkin yapılacak anlaşmanın, üst hakkı sözleşmesinden ayrı şekilde düzenlenebileceği kabul edilebilir. Doktrinde, ayrı şekilde yapılan bedele ilişkin anlaşmanın, resmî şekilde yapılan üst hakkı sözleşmesinin eki hâline getirilerek birleştirilmesi gerektiği ifade edilmektedir⁵³. Bedel ödenmesine ilişkin bu anlaşma, tapu kütüğüne şerh edilerek sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir (TMK m. 830). Çalışmanın

⁵⁰ Gürzumar, s. 180.

⁵¹ Gürzumar, s. 180.

⁵² Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 872; Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 706; Sirmen, s. 561; Ayan, s. 109; Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 900.

⁵³ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 872; Sirmen, s. 562.

esas konusunu oluşturan şerh hususu, bir sonraki başlık altında detaylı incelenecektir.

Üst hakkının sona ermesiyle arazi malikine kalan yapı için ödenmesi gereken bedel, üst hakkı kendileri için rehnedilmiş olan alacaklıların ödenmemiş alacaklarının güvencesini oluşturur. Bu alacaklıların rızası olmaksızın, inşaat bedeli üst hakkı sahibine ödenmez (TMK m. 829/I). Bedel arazi malikini tarafından ödenmediği veya güvence altına alınmadığı takdirde, üst hakkı sahibi veya alacaklılar, bedel alacağına güvence olmak üzere, terkin edilen üst hakkı yerine aynı derece ve sırada bir ipoteğin tescilini isteyebilir (TMK m. 829/II). Burada yapılacak tescil, nitelik olarak kurucu tescildir. Rehin hakkı tescilin yapılmasından sonra doğar⁵⁴. Kanundan doğan bu ipotek, üst hakkının sona ermesinden itibaren üç ay içinde tescil edilmelidir. Bu süre, hak düşürücü süredir⁵⁵. Söz konusu bu ipotek hakkını düzenleyen kanun hükmü emredici olduğundan, sözleşme taraflarınca devre dışı bırakılması mümkün değildir⁵⁶.

Türk Medenî Kanunu m. 830'a göre, taraflar, üst hakkı sözleşmesiyle veya ayrıca yapacakları bir sözleşmeyle, arazinin ilk hâline getirilmesini kararlaştırabilirler. Bu anlaşma da resmî şekle tâbidir ve tapu kütüğüne şerh edilebilir.

IV. ÜST HAKKININ SONA ERMESİ HALİNDE ÖDENMESİ KARARLAŞTIRILAN ÜST HAKKI BEDELİNE İLİŞKİN ANLAŞMALARIN ŞERHİ

A) GENEL OLARAK ŞERH

Şerh, kanunda sınırlı olarak öngörülmüş olan bazı hususların, tapu kütüğünün şerhler sütununa yazılması işlemidir⁵⁷. Doktrindeki bir tanıma göre şerh, mevzuatta öngörülen ve aynî hak olmayan bir hak ya da hukukî ilişkiyi açık ve üçüncü kişilere karşı ileri sürülebilir hâle getiren ve bazı kişisel hakların etkisini güçlendiren tapu sicili işlemidir⁵⁸. Diğer bir tanıma göre şerh, nitelik olarak taşınmaz üzerinde aynî hak doğurmayan ancak bir hukukî ilişkiyi

⁵⁴ Ayan, s. 110; Sirmen, s. 562; Oğuzman/ Selici/ Oktay Özdemir, s. 873.

⁵⁵ Oğuzman/ Selici/ Oktay Özdemir, s. 873; Sirmen, s. 562; Ayan, s. 110

⁵⁶ Gürzumar, s. 183.

⁵⁷ Ayiter, s. 47; Ayan, s. 396.

⁵⁸ Şahan, s. 29.

aynî hakka dayanmadan bilinebilir kılan kayıttır⁵⁹. Şerhin amacı, şerh edilen alacak haklarının, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da sürülebilmesini sağlamak ve üçüncü kişilerin iyiniyet iddiasında bulunmalarını engellemektir⁶⁰.

Şerhe konu olabilecek hususlar üç grupta toplanır. Bunlar; kişisel haklar, taşınmaz malikinin tasarruf yetkisini kısıtlayan işlemler ve geçici tescildir (TMK m. 1009, 1010, 1011). Şerhlerin bu şekilde birbirinden farklı hususlarda söz konusu olması, ortak noktalarını belirlemek açısından zorluk doğurmaktadır⁶¹. Şerhe konu hususların ortak noktası, şerh ile mevcut hak veya hukukî durumu güçlendirmeleridir⁶².

Şerhler, kurucu ve açıklayıcı şerh olarak ikiye ayrılmaktadır. Kurucu şerh, borç doğurucu hakkı sadece sözleşme tarafına değil, taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan üçüncü kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle getirir. Açıklayıcı şerh ise, önceden üçüncü kişiye karşı aynî veya herhangi bir tarzda mevcut olan hakkı, tapu kütüğünde görünür hâle getirir⁶³.

Şerhin hukukî sebebi, hukukî işlem, hâkim kararı, icra iflas prosedürüne dayanarak alınan bir karar, belirli bir hukukî durum yahut bizzat kanun olabilir. Şerh talebi ise, tasarrufî nitelikte tek taraflı bir hukukî işlemdir⁶⁴.

B) ÜST HAKKININ SONA ERMESİ HÂLİNDE ÖDENMESİ KARARLAŞTIRILAN BEDEL

Türk Medenî Kanunu m. 828'e göre, üst hakkı sona erdiğinde, arazi üzerindeki yapıların mülkiyeti arazi malikine geçer. Üst hakkının sona ermesiyle, bütünleyici parça kuralı tekrar devreye girmiş olur. Üst hakkının sona ermesiyle birlikte, arazi malikinin, kendisine kalan yapılar için kural olarak bedel ödemesi gerekmez. Ancak taraflar, arazi malikine kalan yapılar için üst hakkı sahibine bedel ödenmesini kararlaştırabilir. Bu husus, kaynak kanun olan İsviçre Medeni Kanunu'ndan farklılık arz eder. Zira İsviçre'de, emredici

⁵⁹ Gümüş, s. 3.

⁶⁰ Gürsoy/ Eren/ Cansel, s. 272; Ayan, s. 397.

⁶¹ Şahan, s. 30.

⁶² Gümüş, s. 3.

⁶³ Gümüş, s. 4.

⁶⁴ Gümüş, s. 5.

olmayan düzenlemeye göre, arazi maliki, kendisine kalan yapılar için uygun bir bedel öder⁶⁵. İsviçre'deki bu hükmün amacı, üst hakkı sahibi ile arazi malikinin menfaatleri arasında denge kurmaktır. Zira, üst hakkı sahibi, hakkın sona ermesiyle elinden çıkan yapılar nedeniyle malvarlığında değer kaybı yaşarken, arazi malikinin malvarlığında değer artışı olmaktadır. Ek olarak bu durum, üst hakkı sahibinin rehinli alacaklılarının menfaatlerini de tehlikeye sokmaktadır⁶⁶.

Üst hakkı sahibi, üst hakkına dayanarak arazi üzerinde herhangi bir yapı inşa etmemiş veya mevcut bir yapıyı muhafaza etmemiş yahut geliştirmemiş ise üst hakkının sona ermesi durumunda arazi malikinden bedel talebinde bulunamayacağı kabul edilmek gerekir⁶⁷.

Eski Medenî Kanun'da, üst hakkı bedeli ödenmesine ilişkin anlaşma, eşyaya bağlı borç etkisi doğurmaktaydı (EMK m. 751c). Yeni düzenleme olan TMK m. 830 ile birlikte, üst hakkı bedeline ilişkin anlaşmanın, tapu kütüğüne şerhi imkânı getirilerek, eşyaya bağlı borç ilişkisi sonlandırılmış ve bedel ödeme borcu şerh ile kuvvetlendirilmiştir⁶⁸. Böylece şerh sayesinde, üst hakkının sona ermesi hâlinde arazi malikinin bedel ödeme borcu, sonraki hak sahipleri tarafından da talep edilebilir.

Türk Medenî Kanunu'nu m. 830'da "bedel" olarak adlandırılan borç, EMK m. 751c'de "tazminat" olarak adlandırılmaktaydı. Ancak doktrinde, buradaki borcun teknik olarak tazminat borcu olmadığı, bu borcun "bedel", "karşılık" veya "denkleştirme" olarak ifade edilmesinin daha doğru olduğu ileri sürülmekteydi⁶⁹. Yeni düzenlemede bedel ifadesi kullanılarak bu sorun aşılmıştır. Doktrinde bu bedelin, fedakârlığın denkleştirilmesi temeline dayanan, düşük yoğunluklu bir denkleştirme bedeli olduğu ifade edilmektedir⁷⁰.

⁶⁵ Gümüş, s. 182.

⁶⁶ Gümüş, s. 182-183.

⁶⁷ Gümüş, s. 540; Karaca, Ayşe. *Üst Hakkı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2015, s. 94.

⁶⁸ Gümüş, s. 183.

⁶⁹ Gümüş, s. 184.

⁷⁰ Gümüş, s. 184.

C) ÜST HAKKI BEDELİNE İLİŞKİN ANLAŞMALARIN ŞERHİ

1. Üst Hakkı Bedeline İlişkin Anlaşmaların Kapsamı

Türk Medenî Kanunu m. 830'da, hem üst hakkının sona ermesi hâlinde ödenecek bedelin miktarı, hesaplanış biçimi, bedel borcunun kaldırılması, arazinin ilk hâline getirilmesine ilişkin yapılacak sözleşmenin resmî şekilde düzenlenmesi gerektiği hem de bu anlaşmanın tapu kütüğüne şerh edilebileceği düzenlenmektedir. Üst hakkının sona ermesi hâlinde ödenecek bedele ilişkin anlaşma tapu kütüğüne şerh edilebileceği gibi, TMK m. 829 ve m. 830'un metninden açıkça anlaşılmasa da, doğrudan üst hakkı bedelinin ödenmesine ilişkin anlaşma evleviyetle tapuda, TMK m. 830 kapsamındaki anlaşma içeriğine dâhil olur ve resmî şekilde yapılmak zorundadır⁷¹. Bununla birlikte, üst hakkı bedeli ödenmesi, bedelin miktarı, hesaplanışı ve taşınmazın eski hâline getirilmesine ilişkin sözleşmenin içeriği, hiçbir zaman üst hakkı sözleşmesinin objektif esaslı unsurunu oluşturmaz⁷².

Üst hakkı bedeline ilişkin yapılan anlaşmada, bedelin miktarının belirlenmiş olması zorunlu değildir. Sadece bedel ödenmesi gerektiğinin kararlaştırılması yeterlidir. Üst hakkı bedelinin miktarı ve hesaplanış tarzı, ikinci derecedeki hususlar olduğundan, taraflarca bu konuda görüşme yapılsın ya da yapılmazın susulmuşsa, hâkim, TMK m. 830'a göre uygun bir bedeli belirler. Ancak, taraflar ikinci derecedeki hususlar üzerinde anlaşmayı ileriye bırakıp saklı tutmuşlarsa, bu takdirde hâkim, TBK m. 2 gereğince işin niteliğine göre boşluğu doldurmalıdır⁷³.

Üst hakkı bedeli ödeme borcunun kaldırılması ve arazinin ilk hâline getirilmesine yönelik anlaşmalar da resmî şekilde yapılmalıdır. Doktrinde, TMK m. 830'da, bedel borcunun kaldırılmasına ilişkin anlaşmanın da sözleşme içeriğine dâhil edilmiş olması eleştirilmektedir. Zira Türk hukukunda, İsviçre hukukundan farklı olarak, üst hakkı sahibine bedel ödenmesi kararlaştırılmamışsa, arazi malikinin bedel ödeme borcu bulunmaz. Dolayısıyla, TMK m. 830'da, kararlaştırılmayan bir bedel ödeme borcunun

⁷¹ Gümüş, s. 185. Aynı yönde bkz., Özbilen, Arif Barış. "Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı", *TBB. Dergisi*, 2016 (126), s. 268.

⁷² Gümüş, s. 185.

⁷³ Gümüş, s. 185.

kaldırılmasına ilişkin anlaşmanın sözleşme içeriğine dâhil olması gibi bir sorun ortaya çıkmaktadır. Bu hükmün, taraflarca taşınmaz malikince ödenmesi kararlaştırılmış olan üst hakkı bedelinin, üst hakkı sona ermeden önce ortadan kaldırılmasına yönelik anlaşmaların resmî şekle bağlı olduğu ve şerh edildiği takdirde sonraki hak sahiplerini de bağlayacağı şeklinde anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir⁷⁴.

Taraflar arasında üst hakkı bedelinin kaldırılması veya azaltılmasına yönelik anlaşmalar, üst hakkı tapu kütüğüne taşınmaz olarak kaydedilmiş ve üzerinde rehin tesis edilmişse, TMK m. 829/II'ye göre, ancak rehinli alacaklıların izniyle yapılabilir. Zira, üst hakkı bedeli, rehinli alacaklıların rehininin güvencesini oluşturur⁷⁵.

Üst hakkının zamanından önce sona ermesine yönelik yapılan anlaşmalar, TMK m. 830 kapsamında değildir ve şerh konusunda sınırlı sayı ilkesi geçerli olduğundan, tapu kütüğüne şerh edilemez⁷⁶.

2. Şerhin Etkisi

Kişisel haklar, tapu siciline şerh edilmekle birlikte taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı ileri sürülebilir (TMK m. 1009). Şerhin yapılmasıyla kişisel haklar, açıklık kazanır ve güçlenmiş olur. Taşınmaz üzerinde sonradan hak kazanan kişiler, şerh edilmiş kişisel hakkı bilmediklerini iddia edemez⁷⁷. Kanuna göre şerh edilebilen kişisel haklar, herkese karşı değil, taşınmazın sonraki maliklerine, taşınmaz üzerinde sonradan aynî hak kazananlara ve tapu siciline sonradan şerh edilmiş kişisel hak sahiplerine karşı ileri sürülebilir⁷⁸. Şerhin, taşınmazın sonraki maliklerine karşı olan etkisi doktrinde tartışmalıdır. Esasen, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi ve munzam (aynî) etkisi olmak üzere iki etkisi bulunmaktadır. Eşyaya bağlı borç etkisi, kişisel hakkın bağlı olduğu borç ilişkisinden doğan borcun taşınmazın mülkiyetine

⁷⁴ Gümüş, s. 185.

⁷⁵ Gümüş, s. 186.

⁷⁶ Gümüş, s. 186.

⁷⁷ Ayan, s. 412.

⁷⁸ Bu durumun, kişisel hakların şerh edilmekle aynî hak niteliği kazanamayacağıının açık bir göstergesi olduğu yönünde bkz., Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 383.

bağlanmasıdır. Böylece, taşınmazı sonradan edinen her malik, kendi mülkiyeti dönemindeki borçlardan sorumlu olacaktır⁷⁹.

Munzam etki, şerhten sonra taşınmazda kurulan sınırlı aynî hakkın tescili veya başka bir kişisel hakkın şerhi yoluyla kazanılmış haklardan doğmuş borcun ifasında, alacaklıya zarar verenlerin etkisiz kalmasını sağlar⁸⁰. Böylece, şerh edilmiş kişisel haklar arasında da, aynî haklarda olduğu gibi bir sıra ilişkisi söz konusu olur (TMK m. 1009/II).

Şerh edilen borç doğduktan sonra, malik taşınmazın mülkiyetini bir üçüncü kişiye devrederse, kişisel hak sahibinin, şerhin hangi etkisinden yararlanarak yeni malike karşı korunacağı doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi, ancak borcun doğumuna kadardır, borcun doğumundan sonra etkisi yoktur. Borç hangi malik zamanında doğarsa, ilgili malikin borcu olur⁸¹. Diğer görüşe göre ise, şerhin eşyaya bağlı borç etkisi nedeniyle yeni malik, borcu bizzat ifa etmelidir. Böylece, örneğin alım hakkının kullanımına ilişkin bir durum söz konusuysa, alım hakkını kullanan kişi yeni malike karşı TMK m. 716'ya dayanarak mülkiyeti kazanabilir⁸². Bir başka görüşe göre ise, üst hakkının sona ermesi hâlinde ödenecek bedele ilişkin anlaşmanın şerhinde eşyaya bağlı borç ilişkisi kabul edilemez. Zira, anlaşmanın yapılmasıyla bedel ödeme borcu doğmuştur fakat olgunlaşmamıştır. Üst hakkının sona ermesiyle birlikte, bedel alacağı tam bir alacağa dönüşür. Böylece, her bir taşınmaz malikin mülkiyeti döneminde doğan bir borç söz konusu olmaz⁸³.

Kişisel hak, şerh edilmekle aynî hak niteliği kazanmayacağı gibi, malikin taşınmaz üzerindeki tasarruf yetkisini de kısıtlamaz⁸⁴. Ancak Yargıtay, bazı kararlarında şerh edilen kişisel hakların aynî

⁷⁹ Sirmen, s. 211; Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 250. İsviçre hukukunda da eşyaya bağlı borç etkisi kabul edilmektedir. Bununla birlikte diğer bir görüşe göre, kişisel hakların şerhi, asıl hakka bağlı olan, asıl hakla birlikte duran ve ona bağlı olarak hüküm ve sonuç doğuran bir aynî yan hak etkisi gösterir. Bkz., Şahan, s. 160.

⁸⁰ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 250; Sirmen, s. 211.

⁸¹ Sirmen, s. 212.

⁸² Sirmen, s. 213.

⁸³ Gümüş, s. 189.

⁸⁴ Ayan, s. 411; Ergüne, s. 276.

hak niteliği kazanacağını ifade etmektedir⁸⁵. Buna karşın Yargıtay, bazı kararlarında da isabetli olarak, şerh edilen kişisel hakların aynı hak niteliği kazanmayacağını, sadece eşyaya bağlı borç ve aynı etki kazanacağını belirtmiştir⁸⁶.

Türk Medeni Kanunu m. 830 ile üst hakkının sona ermesi hâlinde üst hakkı sahibine ödenecek bedele ilişkin anlaşmanın tapu kütüğüne şerh edilebilmesi, EMK m. 751d hükmünden farklılık arz eder. EMK m. 751d’de, üst hakkı bedeli ödenmesine yönelik anlaşmaların, üst hakkını ve yüklü taşınmazı edinen herkes için bağlayıcı olacağı düzenlenmekteydi. Doktrinde bu hükümlerle bir sözleşmesel kanunî borç ilişkisi meydana geldiği ifade edilmekteydi⁸⁷. İsviçre hukukunda ise, üst hakkı bedeli ödeme borcu, kanundan doğan eşyaya bağlı bir borç olup İMK m. 779e kapsamındaki anlaşmalar, resmi senette yer alarak değil, tapu kütüğüne şerh edilerek eşyaya bağlı borç niteliğini kazanmaktadır⁸⁸.

Türk Medeni Kanunu m. 830 ile İMK m. 751e, şerh konusunda önemli bir farklılık göstermektedir. İsviçre’deki düzenlemeye göre, tarafların aralarında resmî şekilde yapacağı anlaşma, hüküm ve sonuç doğurabilmesi için şerh edilmiş olmalıdır⁸⁹. TMK m. 830’a göre ise, taraflar resmî şekilde anlaşmayı yaptıktan sonra, bunu şerh edip etmemek konusunda serbesttirler.

Kişisel hakların, yukarıda sayılan etkileri gerçekleştirebilmesi açısından şerh, kurucu bir nitelik taşır. Şerhin yapılması ile kişisel haklar eşyaya bağlı borç etkisi veya munzam etki gösterir. Bununla birlikte, yolsuz olarak gerçekleştirilen şerh, etki doğurmaz. Şerhin sicilden terkin edilmesiyle de kişisel hak, şerhin etkilerini kaybeder⁹⁰.

⁸⁵ HGK., 09.12.1987, E. 1987/464 K. 1987/912; HGK., 26.02.2014, E. 2013/6-494 K. 2014/153 (Şahan, s. 161).

⁸⁶ HGK., 02.11.2016, E. 2015/14-12 K. 2016/1005; 15. HD., 13.05.2019, E. 2018/3864 K. 2019/2257 (Şahan, s. 163).

⁸⁷ Gümüş, s. 187.

⁸⁸ Gümüş, s. 187.

⁸⁹ Gümüş, s. 189. Böylece, eşyaya bağlı borç ilişkisi kanun gereği değil şerhten doğmaktadır. Bkz. Özbilen, s. 270.

⁹⁰ Oğuzman/ Seliçi/ Oktay Özdemir, s. 251.

Şerh, kişisel hakkın sona ermesi, şerh edilen kişisel hak sahibinin taşınmazın mülkiyetini kazanması, şerh süresinin dolması, kişisel hakkın hükümsüzlüğünün kesinleşmesi veya şerhin kişisel hak sahibinin ya da malikin talebi üzerine bir mahkeme kararı gereğince yahut re'sen terkin edilmesi gibi durumlarda etkisini kaybeder⁹¹.

Tapu kütüğündeki şerh, hukuka aykırı olarak terkin edilirse, şerhin yeniden yapılması amacıyla TMK m. 1025'e dayanarak bir tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabilir. Aynı şekilde, şerhten faydalanan tarafın haksız şekilde terkin talebinde bulunmaması veya şerhin geçerli bir hukukî sebebe dayanmaması hâllerinde de tapu sicilinin düzeltilmesi davası açılabileceği kabul edilmektedir⁹².

3. Şerhin Yapılması

Bir kişisel hakkın şerh edilebilmesi için, sadece Kanun'da bu hakkın şerh edilebileceğinin öngörülmüş olması yeterli değildir. Buna ek olarak, taraflarca bir şerh anlaşması da yapılmış olmalıdır⁹³. İsviçre'de, üst hakkının niteliğine göre bir ayırım yapılmaktadır. Üst hakkı bağımsız ve sürekli nitelikteyse, buna ilişkin anlaşma resmî şekilde yapılmalıdır. Buna karşın, üst hakkı, bağımsız ve sürekli nitelikte değilse, anlaşmanın adi yazılı şekilde yapılması mümkündür⁹⁴.

Türk hukukunda ise, üst hakkının niteliği fark etmeksizin, şerh anlaşması daima resmî şekilde yapılmalıdır⁹⁵. Diğer kişisel hakların şerhinde olduğu gibi, üst hakkının sona ermesi hâlinde üst hakkı sahibine ödenecek bedele ilişkin anlaşmanın şerhinin yapılabilmesi için de, tapu memuruna yazılı olarak yöneltlen bir talebin varlığı gerekir⁹⁶. Şerh talebinde bulunacak olan kişi, yüklü taşınmaz maliki veya yetkili temsilcisidir.

4. Şerhin Süresi

Kanunda ilgili şerh için azamî bir süre öngörülmüşse, bu sürenin dolmasıyla şerh kendiliğinden sona erer. Örneğin, önalım alım ve

⁹¹ Tekinay/ Akman/ Burcuoğlu/ Altop, s. 388-389; Ayan, s. 413.

⁹² Ayan, s. 414.

⁹³ Hatemi/ Serozan/ Arpacı, s. 442.

⁹⁴ Gümüş, s. 189.

⁹⁵ Gümüş, s. 190.

⁹⁶ Ayan, s. 408; Şahan, s. 153.

gerialım haklarına ilişkin şerhin süresi kanunda on yıl olarak belirtilmiştir (TMK m. 735, 736). Bu süre, taraflarca daha kısa belirlenebilir fakat daha uzun olarak belirlenemez⁹⁷. Ancak, şerhin azamî süresinin sona ermesiyle birlikte, taraflar yeniden şerh yaptırabilir. Bunun için, şerhe temel oluşturan hukukî ilişkinin sürüyor olması gerekir⁹⁸.

SONUÇ

Üst hakkı, yüklü taşınmazın üstünde veya altında bir yapı yapmak yetkisini veren bir irtifak hakkıdır. Üst hakkı sayesinde yapının üstünde veya altında inşaat yapılabileceği için, üst hakkına “inşaat hakkı” isimlendirmesi yapılması daha uygun olabilir. Üst hakkının kurulmasına ilişkin kanunda özel bir düzenleme olmadığından, taşınmaz lehine irtifaklara ilişkin TMK m. 780 hükmünün kıyasen üst hakkına da uygulanması gerekir. Buna göre, üst hakkını oluşturan sözleşme resmî şekilde yapılmalıdır. Üst hakkı sözleşmesi borçlandırıcı bir sözleşme olup niteliği itibarıyla sui generis bir sözleşmedir.

Üst hakkının objektif unsuru, yüklü taşınmazda bir yapı inşa etmek veya mevcut yapıyı korumak yetkisini diğer tarafa vermek ve üst hakkı sahibinin de, yüklü taşınmazın mülkiyetinden ayrı olarak yapı üzerinde mülkiyet hakkı kazanmasıdır. Üst hakkı süresi, eğer üst hakkı bağımlı ise objektif unsur oluşturmazken üst hakkı bağımsız nitelikteyse süre, objektif bir unsurdur.

Üzerinde üst hakkı kurulan bir taşınmazda iki ayrı mülkiyet hakkı söz konusu olur. Birincisi, yüklü taşınmazın malikinin mülkiyet hakkı, diğeri ise üst hakkı sahibinin inşa ettiği yapı üzerindeki mülkiyet hakkıdır. Bu iki mülkiyet hakkı birbirinden bağımsızdır.

Üst hakkının sona ermesiyle birlikte, yüklü taşınmaz üzerindeki yapı, yüklü taşınmazın bütünleyici parçası olur. Yüklü taşınmazın malikinin, kural olarak üst hakkı sahibine kendisine kalan yapı için bedel ödemesi gerekmez. Ancak taraflar, bu durumda üst hakkı sahibine bedel ödenmesi gerektiğini kararlaştırabilir. Eski kanun döneminde bu husus eşyaya bağlı borç etkisi doğurmaktayken TMK m. 830 düzenlemesi ile beraber şerh edilerek taşınmaz

⁹⁷ Gümüş, s. 7.

⁹⁸ Gümüş, s. 7.

üzerinde sonradan hak kazanan kişilere karşı da ileri sürülebilir hâle getirilmiştir.

Türk Medenî Kanunu m. 829 ve m. 830'dan açıkça anlaşılmasa da, üst hakkı bedeline ilişkin anlaşma, TMK m. 830'da öngörülen anlaşmanın içeriğine dâhil sayılır ve resmî şekilde yapılmalıdır.

Türk Medenî Kanunu m. 830'da, bedel borcunun kaldırılmasına ilişkin anlaşmanın da sözleşme içeriğine dâhil edilmesi, üst hakkının sona ermesinde yüklü taşınmaz malikinin bedel ödemesinin kural olduğu izlenimi uyandırmaktadır. Bu hüküm, taraflarca yüklü taşınmaz malikince bedel ödeme borcu kararlaştırılmış ancak daha sonra bundan vazgeçilecekse, bu anlaşmanın resmî şekilde yapılması gerektiği ve şerh verilebileceği şeklinde anlaşılmalıdır.

Üst hakkının mevcut olduğu yüklü taşınmaz, taşınmaz malikince bir üçüncü kişiye devredilirse, üst hakkının sona ermesinde bedel ödeme borcunun yeni malike geçtiği kabul edilmeli ve her malik döneminde ortaya çıkan borçlardan ayrı sorumluluk kabul edilmemelidir. Zira, bedele ilişkin anlaşmayla borç doğsa da üst hakkı sona ermediği için olgunlaşmamıştır ve henüz talep edilemez. Üst hakkı sona erdiğinde malik kim ise bedel borcunu da o kişi ödemelidir.

Üst hakkının sona ermesinde yüklü taşınmaz malikince ödenmesi gereken bedel borcu, alacak hakkı olması sebebiyle, şerh edilmekle aynî hak niteliği kazanmaz.

Üst hakkının bağımsız ve sürekli olup olmadığına bakılmaksızın, buna ilişkin yapılacak olan anlaşmanın resmî şekilde yapılması gerekir.

KISALTMALAR

Akt.	: Aktaran
Art.	: Article
bkz.	: bakınız
C.	: Cilt
Çev.	: Çeviren
dn.	: dipnot

E.	: Esas
Ed.	: Editör
EMK	: 743 sayılı Türk Kanunu Medenisi
Et:	: Erişim Tarihi
HD	: Hukuk Dairesi
HGK	: Hukuk Genel Kurulu
İÜHF.M.	: İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası
Karş.	: Karşılaştırınız
m.	: madde
s.	: sayfa
TBB.	: Türkiye Barolar Birliği
TBK	: 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu
TCC	: Turkish Civil Code
TMK	: 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu
vb.	: ve benzeri
vd.	: ve devamı

KAYNAKÇA

- Akipek, Jale. “Üst Hakkı Kavramı, Muhtevası ve Mahiyeti”, *Prof. Dr. H.C. Oğuzoğlu’na Armağan*, Ankara 1972, s. 25-71.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku III Sınırlı Aynî Haklar*, Konya 2015.
- Ayiter, Nuşin. *Eşya Hukuku Kısa Ders Kitabı*, Ankara 1983.
- Demirsatan, Barış. *Sözleşmeden Doğan Üst Hakkı Bedeli ve Bedel Borcuna Aykırılığın Sonuçları*, 2. Baskı, İstanbul 2017.
- Eren, Fikret. *Mülkiyet Hukuku*, 4. Baskı, Ankara 2016.
- Ergüne, Mehmet Serkan. “Üst Hakkının Tasarruf İşlemlerine Konu Olmasına İlişkin Hukukî Sorunlar”, *İÜHF.M.*, C. LXVI, S.1, 2008, 275-292.
- Günal, A. Nadi. “Roma Hukuku’nda Üst Hakkı (Superficies)”, *AÜHF.*, C. 47, S. 1, 1998, s. 107-118.

- Gürsoy, Kemal T./ Eren, Fikret/ Cansel, Erol. *Türk Eşya Hukuku*, Ankara 1984.
- Gürzumar, Osman Berat. *Türk Medeni Hukuku'nda Üst Hakkı*, İstanbul 1998.
- Hatemi, Hüseyin/ Serozan, Rona/ Arpacı, Abdulkadir. *Eşya Hukuku*, İstanbul 1991.
- Karaca, Ayşe. *Üst Hakkı*, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü (Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi), Ankara 2015.
- Köprülü, Bülent/ Kaneti, Selim. *Sınırlı Ayni Haklar*, 2. Baskı, İstanbul 1982-1983.
- Oğuzman, M. Kemal. "Eşyaya Bağlı Haklar ve Borçlar", *İÜHF*, C. 31, S. 1-4, 1965, s. 209-219.
- Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/ Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 20. Baskı, İstanbul 2017.
- Özbilen, Arif Barış. "Üst Hakkı İradı ve Bu İradın Ödenmesine İlişkin Alacağın Güvencesi Olarak Kanunî İpotek Hakkı", *TBB. Dergisi*, 2016 (126).
- Sirmen, Lale. *Eşya Hukuku*, 6. Baskı, Ankara 2018.
- Şahan, Gökhan. *Tapu Sicilinde Kişisel Hakların Şerhi*, Ankara 2020.
- Tekinay, Selahattin Sulhi/ Akman, Sermet/ Burcuoğlu, Haluk/ Altop, Atilla. *Eşya Hukuku C. 1*, İstanbul 1989.
- Wieland, C./ Karafaki, İsmail Hakkı. *Kanunun Medenide Ayni Haklar C. II*, Ankara 1949.

MEDENİ USUL VE İCRA İFLAS HUKUKU

BANKA ALACAKLARININ İİK M. 150/1 HÜKMÜ UYARINCA REHNİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLU İLE İLAMLI TAKİBİ*

*Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN***

*Arş. Gör. Eylül BALIKÇI****

Öz

Hukuk kuralları siyasi iktidarın tercihi ve toplumun ihtiyaçlarına göre düzenlenir. 80'li yıllardaki ekonomik kriz nedeni ile tasarrufları (bankaları) korumak amacıyla 02.05.1985'te 3182 sayılı Bankalar Kanunu ile bankalar lehine 91. madde getirilmiştir.3494 sayılı kanun ile 3182 sayılı Kanunun 91 inci maddesinde bazı değişiklikler yapılarak düzenlemenin İİK'ya dahil edilmesi uygun görülmüştür.

İİK'nin 150/1 maddesi olarak kanuna dahil edilen madde, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra emri gönderilmesinin şartlarının düzenlendiği İİK'nin'149 uncu maddenin istisnasını oluşturmaktadır. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra emri gönderilebilmesi için, İcra müdürlüğüne ibraz edilen akit tablosunun kayıtsız şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmesi ve alacağın muaccel olması (İİK m. 149), alacak ya da ipotek veya her ikisi de ilam niteliğinde bir belgeye bağlanmış olması (İİK m. 150/h) gerekmektedir. Ancak 150/1 maddesi ile ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermemesi halinde de ipoteğin paraya çevrilmesi yolunda icra müdürünün icra emri göndermesi mümkün olacaktır.

Alacaklı banka, elinde alacak ya da ipotek veya her ikisine ilişkin ilam niteliğinde bir belge bulunmasa, ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermese bile; İİK m. 150/1'da belirtilen şartların varlığı halinde, ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile ilamli takip yapabilecektir. Bankalar lehine getirilen bu düzenleme, banka cari hesap şeklinde işleyen kredi sözleşmelerinde uygulama alanı bulacaktır.

* Bu çalışma, Erciyes Üniversitesi SBE Özel Hukuk Tezli Yüksek Lisans programında hazırlanan "Cari Hesap Sözleşmesinde Bakiye Haczi" isimli tez çalışmasından üretilmiştir.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, ekeiks@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6780-6074.

*** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, eylulbalikci@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-1188-5652.

İİK m. 150/1'da bahsedilen borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi veya gayri nakdi kredi şeklinde işleyen krediler, bankalar tarafından verilmektedir. Bankalar tarafından verilen bu kredilerde kredi hesabı bankalar tarafından borçlu cari hesap şeklinde muhasebeleştirilerek takip edilmektedir. Dolayısıyla cari hesap şeklinde takip edilen bu kredi ilişkilerinde cari hesabın borç bakiyesi vermesi halinde bankaların alacaklarının tahsili için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte, icra emri göndermelerine imkân tanınarak takipleri kolaylaştırılarak tahsilatlarının hızlandırılması amaç edinilmiştir. Bu düzenleme doktrinde haklı bir şekilde eleştirilmiştir. Bu düzenleme ile menfaat dengesi, alacaklı banka lehine bozulmuştur. Her ne kadar kanun koyucu zaman zaman alacaklı veya borçlunun lehine düzenleme yapsa da her zaman menfaat dengesini sağlamaya çalışmalıdır.

İİK'nin 150/1 maddesi, İİK'nin 149 ve 150/h maddesinde yer alan düzenlemelerin alanını genişleten istisnai nitelikte bir düzenlemedir. İİK'nin 150/1 maddesinin uygulamaya yönelik, yeterince açık ve ihtiyacı karşılayan tam bir düzenleme olmadığı ve bazı ibarelerinde madde metninde doğru kullanılmadığını düşünmekteyiz.

İİK m. 150/1'da alacaklının noterden gönderdiği ihtarnameyi icra dairesine ibraz ile borçluya icra emri gönderilmesini sağlaması mümkündür. Her ne kadar borçluya kendisine gönderilen belgelere itiraz etme hakkı tanınmışsa da banka, itiraza rağmen İİK m. 149 uyarınca rehinin paraya çevrilmesi yolunda icra emri gönderebilecektir (İİK m. 150/1). Belgelere itiraz eden borçlu kendisine karşı başlatılan bu takibe karşı şikâyet yoluna başvurabilecektir. Ancak, bilindiği gibi şikâyet de takibi kendiliğinden durdurmayacaktır. Borçlunun şikâyet etmesi üzerine alacaklı banka, borcun varlığını İİK m. 68/b çerçevesinde diğer belgelerle ispatlayabilecektir. İİK m. 68/b'de sayılan diğer belgeler (kredi sözleşmeleri ve bunlarla ilgili süresinde itiraz edilmemiş hesap özetleri ile ihtarnameler ve krediyi kullandıran tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar) ise alacaklının düzenlediği belgelerdir. Alacaklının kendi düzenlediği belgelerle borçlunun borçlu olduğunu ispat etmesi durumu söz konusu olmaktadır. Görüldüğü üzere, menfaat dengesi alacaklı lehine bozulmuştur. Ayrıca, bu maddede 'tebliğ edilmiş sayılma' denerek tebligat hukukunda olmayan bir usul benimsenmiştir.

Çalışmamızda ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip ve bu takibin nasıl yapılacağı doktrindeki eleştirilerle birlikte incelenmiştir. Bankalar lehine düzenlemeler içeren ve borçlu ile alacaklı arasındaki dengeyi bozan İİK m. 150/1 hükmü eleştirilmiş, maddeye ilişkin öneriler sunulmuştur.

Anahtar Kelimeler: Banka, Hesap Özeti, İtiraz, Şikâyet ve Borçlu

***THE BANK RECEIVABLES' ENFORCEMENT
PROCEEDINGS WITH A JUDGMENT BY WAY OF
FORECLOSURE OF A MORTGAGE ACCORDING TO
ARTICLE 150/I OF ENFORCEMENT AND BANKRUPTCY
LAW***

Abstract

The rules of law are regulated according to the preferences of the political power and the needs of the society. Due to the economic crisis of the 1980s, a regulation in favor of banks was introduced with Article 91 of the Banking Law dated 02.05.1985 and numbered 3182. Later, in order to ensure equality in practice, the article related to Law No. 3494 was added to the Enforcement and Bankruptcy Law by slightly changing it.

The article included in the law as article 150/I of the EBL constitutes the exception to article '149 of the EBL, which regulates the conditions for sending an executive order in the proceeding through the liquidation of the mortgage. In order to send an execution order in the follow-up by converting the mortgage into money, the contract table submitted to the Enforcement Directorate must contain an unconditional acknowledgment of money debt and the receivable must be due (EBL article 150/h) is required. However, with article 150/ı, if the mortgage contract table does not include an unconditional acknowledgment of money debt, it will be possible for the enforcement manager to send an enforcement order for the conversion of the mortgage into money.

Even if the creditor bank does not have a declaratory document regarding the receivable or mortgage or both, even if the mortgage contract table does not include an unconditional acknowledgment of money debt. In the presence of the conditions specified in 150/ı, it will be able to follow up with a verdict by converting the mortgage into cash. This regulation, which was brought in favor of banks, will find application in loan agreements operating in the form of bank current accounts.

Article 150/ı of the Enforcement And Bankruptcy Law the account statement compensation request or the content of the warning is not regulated. In these loans given by the banks, the loan account is followed up by the banks as a current account owed. Therefore, in these credit relations, which are followed as a current account, it is aimed to accelerate the collections of the banks by facilitating their follow-up by allowing them to send enforcement orders, in the follow-up by converting the mortgage to cash for the collection of the receivables of the banks in case the current account gives a debit balance. This regulation has been rightly criticized in the doctrine. With this regulation, the balance of interests has deteriorated in favor of the creditor bank. Although the legislator makes

arrangements in favor of the creditor or debtor from time to time, it should always try to balance the interests.

Article 150/i of the EBL is an exceptional regulation that expands the scope of the regulations in the articles 149 and 150/h of the EBL. We think that the 150/i article of the EBL is not a clear enough regulation for implementation and meets the need, and that some of its phrases are not used correctly in the text of the article. Article 150/i of the EBL, it is possible for the creditor to submit the notice sent by the notary public to the enforcement office, and to ensure that an enforcement order is sent to the debtor. Although the debtor has been given the right to object to the documents sent to him, the bank, despite the objection, pursuant to 149, an executive order may be sent to convert the pledge into money (EBL article 150/i). The debtor, who objects to the documents, may apply for a complaint against this proceeding initiated against him. However, as it is known, the complaint will not automatically stop the follow-up. . For the debtor's complaint, the creditor bank, debt payment EBL m. 68/b can be demonstrated with valid documents. İİK m. Other documents listed in 68/b (loan agreements and related statements of account that have not been objected in due time, warnings and other documents and receipts duly issued by the lender) are the documents issued by the creditor. There is a situation where the creditor proves that the debtor is indebted with the documents it has prepared itself. As can be seen, the balance of interests has deteriorated in favor of the creditor. In addition, a procedure that is not in the law of notification has been adopted, by declaring 'to be deemed to have been served' in this article.

In our study legal prosecution through the conversion of the mortgage into cash and how this prosecution is done are considered together with the criticisms in the doctrine. Article 150/i of the Enforcement And Bankruptcy Law, which includes regulations in favor of banks and disrupts the balance between the debtor and the creditor, has been criticized and proposals regarding the article have been presented.

Keywords: Bank, Account Abstract, Objection, Complaint and Debtor

I- İCRA VE İFLAS KANUNU M. 150/I HÜKMÜ VE UYGULAMA ALANI HÜKMÜN AMACI ve ELEŞTİRİSİ

Kanunlar, zamanla hayatın olağan akışına uymayabilir ve ihtiyaçları karşılamayabilir. Bu halde kanunlarda değişiklik yapılabilir. Ancak bu değişiklikler, kanun yapma tekniğine, kanunun yapısına ve ana ilkelere uygun olmalıdır¹. Hukuki düzenlemeler incelenirken siyasi iktidarların tercihleri ve hükümlerin konulduğu dönemlerdeki sosyal ihtiyaçlar incelenmelidir. 1980'li yıllarda yükselen enflasyon, bankaların mevduatlar için verdikleri faiz oranlarının düşük olması durumları söz konusudur². Dönem itibarıyla bankaların mevduatlarını korumak ve bankaları destekleyebilmek adına çeşitli özel düzenlemeler yapılmıştır³. Bankaların mevduatlarında artış sağlanmasına yönelik düzenlemelerin yanında bankaların verdikleri kredilerin dönüşünün sağlanması ve hızlandırılmasının amaç edinildiği düzenlemelerde bankaları destekleme amacıyla yapılan düzenlemelerdir.

Bankaları desteklemek için yapılan cebri icra düzenlemelerinden birisi de İİK m. 150/1'dir⁴. İİK, esas itibarıyla alacaklıyı koruyucu ve alacaklının hakkına kavuşmasını sağlamaya yönelik olmakla birlikte, tarafların çatışan menfaatlerini kişilerin haklarını ihlal etmeden dengelemeyi amaçlamaktadır⁵. Bu dengeyi sağlamak için; alacaklıya takip hakkı tanınırken, borçluya da kendisine karşı başlatılan takibe karşı koyması için çeşitli imkanlar tanınmaktadır. Örneğin ilamsız takipte borçlunun itirazı üzerine takip duracak ve alacaklının takibe devam edebilmesi için itirazı gidermesi gerekecektir. Ancak, kimi zaman kanun koyucu günün ihtiyaçlarını karşılayabilmek için çeşitli düzenlemeler yapmaktadır. İİK m. 150/1 ile getirilen hükümde bu durumun bir örneğidir. Bu tarz

¹ Öktemer, Semih. "İİK'nun 68/b ve 150/1 Maddelerine İlişkin Uygulama", *Yargıtay Dergisi*, C. 23, S. 1-2, 1997, s. 156.

² Uluçol, Osman. "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi", *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. Temmuz, 2019, s. 77.

³ Budak, Ali Cem. *İpotegün Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip*, Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2008, s. 181; Arslan, Ramazan "İİK'nun 68/B ve 150/1 Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Kolaylıklar", içinde *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, ed. Ali Cem Budak, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 1993, s. 188/189; Uluçol, s. 80.

⁴ 3494 sayılı Kanununun 25. maddesi ile getirilmiş bir düzenlemedir.

⁵ Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2010, s. 8.

düzenlemeler kanun yapma tekniğinden uzak ve İİK'da göz önünde tutulması gereken menfaat dengesini bozucu niteliktedir⁶. İİK m. 150/1 ile de menfaat dengesi alacaklı banka lehine bozulmaktadır. Doktrinde bu düzenlemenin alacaklı-borçlu yararını dengeleyen yapıyı bozmadığı yönünde görüşler de mevcuttur⁷. Bu görüşe göre; özellikle, kendisine ilgili belgeler gönderilecek kişilerin tacir olduğu da düşünülürse bu düzenlemelerin sakıncası bulunmamaktadır⁸. Oysa ki özü itibariyle cari hesap şeklinde işleyen ve cari hesapla ilgili olan ve hesabın banka tarafından tutulduğu, hesap kapatma (bankacılık tabiri ile hesabı kat) yetkisinin bankada olduğu cari hesap ilişkisinde bankanın takibe geçmesi halinde icra emri gönderme hakkına sahip olduğu bir düzenleme ile karşı karşıya bulunmaktayız.

İİK m. 150/1 ile getirilen düzenlemede, bankalara, ipotekleri için ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte icra emri gönderilmesi ile ilgili İİK m. 149 ve 150/h maddelerinde öngörülen şartlar sağlanmadan da başka şartların varlığı halinde borçluya icra emri gönderilebilmesi imkânı getirilmiştir. Borçluya icra emri gönderilmesi ilamlı icra takibine has bir durumdur. Bunun için kural olarak alacaklının elinde ilam (İİK m. 24 vd.) veya İİK'nin 38'inci maddesinde düzenlenen kanunen ilam mahiyetini haiz kabul edilen belgelerin olması gerekir. İİK'nin rehinin paraya çevrilmesi yoluyla takibin düzenlendiği 145 ve devamı maddelerinde rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip veya rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip ayrımı yapılmamıştır. Bunun yerine ödeme emrinin gönderilmesi veya icra emrinin gönderilmesi ile ilgili düzenlemelere yer verilmiştir. Bunun yanında doktrinde ödeme emrinin gönderildiği haller ilamsız takip, icra emrinin gönderildiği haller ilamlı takip nitelmesi altında anlatılmıştır⁹. Dolayısıyla bizde doktrinle paralel ve esas itibariyle Kanuna da ters düşmeyen rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip- rehinin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takip ibarelerini kullanacağız.

⁶ Özekes, s. 97.

⁷ Arslan, s. 205.

⁸ Arslan, s. 205.

⁹

İpoteğin ilamlı icra yoluyla paraya çevrilmesi için alacaklının alacağını ya da ipoteğinin veya her ikisinin de ilam ya da ilam niteliğinde bir belgeye bağlı olması gerekir (İİK m. 150/h). Ayrıca ipotek akit tablosunun kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermesi halinde de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapılabilir (İİK m. 149). İİK m. 150/1 ile bankalara, alacakları veya ipotekleri, ilam ya da ilam niteliğinde bir belgeye bağlı olmasa veya ipotek ait tablosu kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermese de ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapma hakkı tanınmaktadır. Başka bir anlatımla bu madde ile bankalara, kendilerine gönderilen veya kendi düzenledikleri ve resmi belge niteliğinde olmayan evrakla (hesap özeti, tazmin talebi ve ihtar gibi), bu evrak İİK m. 38’de sayılan belgelerden olmamasına rağmen ilam niteliğini haizmiş gibi ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapmak hakkı tanınmaktadır.

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takipte (İİK m. 149 ve 150/h) borçlunun kendisine başlatılan takibe karşı koymasının yolu sınırlandırılarak alacaklının lehine düzenleme yapılmıştır. Ancak, bu takipteki belgelerin niteliği gereğince menfaat dengesi bozulmuş değildir. Zira alacaklı, alacağını veya ipoteğini veya her ikisini de ilam veya ilam niteliğindeki belgeye bağlamıştır veya resen düzenleme şeklinde oluşturulan ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız borç ikrarını içermektedir. Fakat, yine de borçluya icranın geri bırakılması yolu ile takibe karşı koyma imkanı tanınmaktadır. İİK m. 150/1 ile bankalara ilam veya ilam niteliğinde belge sahibi olmadan, kendi düzenledikleri belgelerle ilamlı icra yapma hakkı tanınmıştır. Bankanın borçluya gönderdiği belgelere, borçlunun itiraz imkanı olmakla birlikte bu belgelere yaptığı itiraz, bankanın icra emri göndermesine engel olmamaktadır. Bankanın bu belgelere dayanarak gönderdiği icra emrine borçlu ancak İİK’de düzenlenen usule uygun olarak itiraz ettiğini belgeleyerek takibe karşı şikâyet hakkını kullanabilmektedir¹⁰. Borçlunun icra mahkemesine yaptığı bu müracaat icra takibini durdurmamaktadır. Borçlunun gerek noter marifetiyle yaptığı itiraz, içeriği ve ekleri gerekse icra mahkemesine yaptığı müracaat ve eklerinin incelenmesi üzerine icra mahkemesi hakiminin kendiliğinden de icra takibinin muvakkaten (geçici olarak)

¹⁰ Borçlunun icra mahkemesine yaptığı müracaatın Kanunda şikâyet olarak nitelendirilmesine rağmen itiraz niteliğinde olduğu ilerde detaylı olarak açıklanacaktır.

durdurulmasına karar vermesi de mümkün değildir (İİK m. 169/a, 2. fıkrâ; İİK m. 170, 2 fıkradaki uygulamalar burada mümkün değildir). Borçlu takip başladıktan sonra, itiraz ettiğinden bahisle şikâyet yoluna başvurulabilir de bankanın elinde yine kendi düzenlediği İİK m. 68/b'de sayılan belgeler varsa bu şikâyetin de bir önemi kalmamaktadır. Borçlu sadece icranın geri bırakılması yoluna gidebilecektir¹¹.

Fakat İİK m. 150/1'da şikâyet üzerine icranın durdurulabilmesine hakkında şu şekilde bir kısıtlama getirilmiş ve alacaklı lehine menfaat dengesi daha da bozulmuştur; *“İcra mahkemesinde yapılan inceleme sırasında, borçlu, borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge sunmadıkça takibin durdurulmasına karar verilemez.”*

İİK m. 150/1 bu haliyle, adil yargılanma hakkı, eşitlik ilkesi (Ay m. 10) ve hukuki dinlenilme hakkına tamamen aykırıdır¹². Hak arama hürriyeti (AİHS m. 6, AY m. 36) kapsamında herkes savunma ve adil yargılanma hakkına sahiptir. Adil yargılanma hakkı ile taraflar eşit biçimde yargılamaya katılarak iddia ve savunmada bulunabilirler¹³. Silahların eşitliği ilkesi de adil yargılanma hakkı kapsamındadır. Silahların eşitliği ilkesi uygulanırken sùjeler arasında bir ayırım yapılamayacağından¹⁴, taraflar ispat faaliyetini yürütürken taraflara eşit imkanlar sağlanması gerektiğinden¹⁵ İİK m. 150/1'da alacaklı lehine getirilen, İİK m. 68/b'de belirtilen kendi düzenlediği belgelerle itirazı bertaraf edebilme hakkı silahların eşitliği ilkesi ile bağdaşmamaktadır¹⁶. Toplumun diğerkesimlerine sağlanmayan ayrıcalığın bankalara fazlasıyla sağlanması, her ne kadar bankalar halkın mevduatlarını elinde bulundurduğu için

¹¹ Arslan'a göre, *“...krediye kullananın kendisine gönderilen hesap özetine süresinde ve usulüne uygun itiraz etmesi halinde, krediye kullandıran taraf (banka), ... 150/1'nin sağladığı kolaylık ve avantajlardan faydalanamayacaktır.”* (Arslan, s. 205.). Bu düşünceye katılmıyoruz; çünkü, itiraz üzerine banka İİK m. 68/b'de sayılan belgeler ile itirazı bertaraf edebilmektedir. Üstelik bu belgeler banka tarafından tek tarafı olarak düzenlenen belgelerdir.

¹² Özekes, s. 115-17; Çiftçi, s. 177.

¹³ Erdönmez, Güray. *Pekantez Usûl, Medenî Usûl Hukuku*, C. 1, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 846.

¹⁴ Erdönmez, s. 854.

¹⁵ Erdönmez, s. 856.

¹⁶ Özekes, s. 115.

toplum huzuru açısından önemli olsalar da¹⁷, Anayasa'nın 10.maddesi ile düzenlenen eşitlik ilkesine aykırıdır¹⁸.

1. 3182 Sayılı Bankalar Kanunu

İİK m. 150/1 hükmü önceleri 3182 sayılı Bankalar Kanunu¹⁹ m. 91'de düzenlenmiş bulunmaktaydı. 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nda Bankaların Kredi İşlemlerinden Doğan Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması isimli on dördüncü bölümde altında bulunan Azamî Had İpoteğinin Paraya Çevrilmesi Yolu İle Takip Halinde İcra Emri başlıklı 91.madde şu şekilde düzenlenmiştir: *"Bankanın ibraz ettiği akit tablosu kayıtsız ve şartsız bir para borcu ikrarını ihtiva etmese dahi, banka, borçluya ait hesabın kesilmesine ilişkin hesap özetinin noter marifetiyle borçluya gönderildiğine dair noterden tasdikli bir sureti icra memuruna ibraz ederse icra memuru İİK'nun 149 uncu maddesi uyarınca işlem yapar. Şu kadar ki, borçlunun noter marifetiyle sekiz gün içinde bu hesap özetine itiraz etmiş olduğunu ispat etmek suretiyle tetkik merciine şikâyette bulunmak hakkı saklıdır. Bu takdirde alacaklı 90 inci madde çerçevesinde alacağını diğer belgeler ile ispatlayabiliyorsa borçlunun şikâyeti reddedilir."*

3182 sayılı Bankalar Kanunu m. 91' e göre, banka ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermese bile borçlu, hesabın kesilmesine ilişkin hesap özeti göndermek şartıyla ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapma imkanına sahipti. Borçlu icra emrine şikâyet edebilse de sadece şikâyet edilmiş olması, icra emrinin iptalini sağlamamaktaydı²⁰.

Doktrinde, 3182 sayılı Bankalar Kanunu m. 90 ve 91' de yer alan düzenlemeler yürürlüğe girdikten sonra Anayasa'ya aykırı olduğu ve uygulamada eşitliği bozduğu için eleştirilmiştir²¹. İlgili hükümlerin 3182 sayılı Bankalar Kanunu'nun amacında da uygun düşecek şekilde, yürürlük tarihi olan 02.05.1985 tarihinden sonra gönderilecek hesap özetlerine dayanılarak yapılan takiplerde

¹⁷ Reisoğlu, Seza. *Bankaların Kredi İşlemlerinden Doğan Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması*, Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1986, s. 2-3.

¹⁸ Çiftçi, s. 77-78. Aksi yönde görüş için Bkz.: Reisoğlu, s. 3.

¹⁹ RG, 2 Mayıs 1985, s. 18742.

²⁰ Budak, s. 183.

²¹ Tunç Yücel, Müjgan. *Banka Alacaklarının İpoteğinin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*, XII Levha, İstanbul, 2010, s. 287/288. Aksi görüş için bkz.: Arslan, s. 190.

uygulanabileceği düşünülmüştür²². Ancak Yargıtay, kazanılmış hakların korunması gerektiği²³ düşüncesi ve uygulamada eşitliğin bozulduğu²⁴ eleştirilerin de etkisiyle Kanunun 02.05.1985 tarihinden sonra açılmış cari hesaplara uygulanabileceği yönünde karar vermiştir²⁵. Yargıtay'ın bu yöndeki kararı ile, ilgili maddeden beklenen sonuçlarının kanunun yürürlük tarihinden önce yapılan sözleşmeler bakımından gerçekleşmesi engellenmiştir. Bu durum, 90 ve 91. maddelerin yürürlükten kaldırılıp İİK' ya değiştirilerek eklenmesi düşüncesini oluşturmuştur²⁶.

2. İcra ve İflas Kanunu 150/1 Maddesi

3182 sayılı Bankalar Kanunu 90 ve 91. maddeleri bu Kanun'dan çıkartılmış ve bazı değişikliklerle 3494 sayılı Kanunun 4. ve 25. maddesi ile İİK' ye 68/b ve 150/1 maddeleri olarak dahil edilmiştir. İİK'nin 150/1 maddesi ile borçlu cari hesap şeklinde takip edilen banka kredi işlemlerinden doğan alacaklarda tahsilinin hızlandırılması ve kötü niyetle yapılan itirazların önlenmesi amaçlanmıştır²⁷.

3494 sayılı Kanunun geçici maddesinin O bendi ile, İİK m. 68/b ve 150/1 maddelerinin 02.05.1985 tarihinden itibaren yapılan takiplerde uygulanabileceği düzenlenerek 3182 sayılı Kanun zamanında meydana gelen uygulama tarihi ile ilgili ihtilaflara son verilmiştir. Diğer bir deyişle, 3494 sayılı Kanun ile 150/1 maddesi ile bu maddenin geçmişe etkili olacak şekilde, 02.05.1985 tarihinden sonra yapılan takiplerde uygulanabileceği düzenlenmiştir. 02.05.1985'ten önce akdedilmiş cari hesap sözleşmeleri ve nakdi veya gayri nakdi kredilere ilişkin takiplerin söz konusu tarihten sonra yapılması halinde de bu hüküm uygulanabilecektir²⁸. Böylelikle, Yargıtay'ın verdiği kararın ortaya

²² Arslan, s. 191.

²³ Öktemer, s. 158.

²⁴ Yücel, s. 288; Reisoğlu, Seza. *Bankalar Açısından İİKndaki Yeni Düzenlemeler*, Türkiye Bankalar Birliği Ankara, 1989, s. 7.

²⁵ Yargıtay 12.HD, 15.09.1896, 14107/9012 (Arslan, s. 191.).

²⁶ Arslan, s. 192.

²⁷ Tercan, Erdal. "İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu", *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi* C. 17, S. 4, 1994, s. 83.

²⁸ Reisoğlu, *3494 Sayılı Kanun*, s. 596; Tercan, s. 90. Aksi görüş için Bkz.: Budak, Ali Cem. "İİK'nda Borçlu Aleyhine Yapılan Değişiklikler", *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin*

çıkmasını engellediği sonuçlar, tekrar mümkün kılınmıştır. Her ne kadar bu hükümler geriye etkili olabileceksede yapılan birtakım değişiklikler (Örneğin; hesap özeti için noter aracılığı ile gönderilmesi) maddenin uygulanmasını fiilen engellemiştir²⁹. İİK m. 150/1 hükmü 2003'te 4949 sayılı Kanun ile yapılan son değişiklikle bugünkü halini almıştır.

3494 sayılı Kanun'un gerekçesinde 91. madde hükmünün yalnızca bankaları ilgilendirmede, cari hesap sözleşmeleri ile kısa, orta ve uzun vadeli kredi veren diğer kurumları da ilgilendirdiği bu nedenle uygulamada eşitlik sağlamak için İİK' da yer almasının öngörüldüğü ifade edilmiştir³⁰. Zira, yürürlükteki metinde "banka" sözcüğü yerine "borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi veya gayri nakdi bir krediyi kullanan taraf" ifadesi kullanılmıştır. Ancak, doktrinde asıl amacının Yargıtay'ın 02.05.1985 tarihinden önceki işlemlerde 91. madde hükmünün uygulanamayacağı yönündeki içtihatlarını engellemek olduğu ifade edilmiştir³¹. Her ne kadar amaç bankaları korumak gibi görünse de kanun koyucunun gerekçede de belirttiği gibi bankaların korunması yoluyla kamu düzeni sağlanmak istenmiştir. Doktrinde bir görüşe göre, ilgili maddelerin İİK' da yer almasına ilişkin gerekçeler tatmin edici ve isabetli değildir. Zira, uygulamada eşitliğin sağlanması amacıyla hareket edildiği ifade edilse de, borçlu cari hesap, kısa, orta ve uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredilerde krediyi kullandıran tarafın mevcut hükümler düşünüldüğüne, kural olarak bankadan başkası olması mümkün değildir³².

3182 sayılı Bankalar Kanunu m. 91, 3494 sayılı Kanunun geçici maddesinin O bendi gereğince 02.05.1985 tarihinden itibaren uygulanacaktır. Dolayısıyla bu maddenin, İİK m. 150/1 hükümleriyle birlikte 02.05.1985 - 25.11.1988 tarihleri arasında aynı anda yürürlükte olmaları gibi bir durum ortaya çıktığı fikri ileri sürülmektedir³³. Ancak, 3494 sayılı Kanun ile 91. maddenin

Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu, ed. Ali Cem Budak, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 1993, s. 334.

²⁹ Öktemer, s. 159.

³⁰ Yücel, s. 289.

³¹ Budak, 1993, s. 332.

³² Arslan, s. 193.

³³ Budak, s. 193.

uygulanma imkânının kalmadığı da doktrinde ileri sürülmektedir³⁴. Reisoğlu'na göre, kısa, orta ve uzun vadeli nakdi ve gayri nakdi krediye dayanılan haller bu süre içerisinde sorun teşkil etmeyecektir. Zira bu haller Bankalar Kanunu m. 91'de olmayıp İİK m. 150/1'ya eklenen hükümlerdir³⁵.

HÜKMÜN UYGULAMA ALANI

İİK m. 150/1' da, bu maddenin uygulanacağı hukuki ilişkiler borçlu cari hesap şeklinde veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi veya gayri nakdi kredi şeklinde işleyen krediler olduğu belirtilmiştir. 3182 sayılı Bankalar Kanunu m. 91' de, maddenin uygulama alanı olarak cari hesap şeklindeki kredi sözleşmeleri olarak belirlenmişti. Maddenin, uygulama alanı, kısa, orta, uzun vadeli nakdi veya gayri nakdi krediler hükmün kapsamına alınarak genişletilmiş intibasını uyandırır da bankalar tarafından bu kredi ilişkileri muhasebe tekniği olarak borçlu cari hesap şeklinde tutulduğu ve kredi sözleşmelerinde cari hesap sözleşmeleri ile ilgili hükümlerde bulunduğu için aslında uygulama alanında bir genişleme mevcut değildir.

Hükmün İİK m. 150/1' da düzenlenmesinin sebebi olarak yukarıda da belirtildiği gibi uygulamada sadece bankalara özgü bir düzenleme olarak yer almaması ve kredilendirme yapan diğer alacaklılarında faydalanmasının sağlanması olduğu söylenmiştir³⁶. İİK m. 150/1' da banka yerine "krediyi kullandıran taraf" ifadesi kullanılmaktadır. Ancak, doktrinde, bankalar dışındaki kredi veren gerçek ya da tüzel kişilerin taraf olduğu sözleşmelere uygulanmasının mümkün olmadığı görüşü ileri sürülmektedir³⁷. Yürürlükteki mevzuat hükümlerine göre, borçlu cari hesap kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen krediler yalnızca bankalar tarafından kullanılabilir³⁸. Ayrıca, borçlu cari hesap, kısa, orta, uzun vadeli kredi, hesap özeti gibi kavramlar banka hukukuna ait

³⁴ Öktemer, s. 158-59.

³⁵ Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 9.

³⁶ Reisoğlu, s. 9.

³⁷ Yücel, s. 297-99; Arslan, s. 193; Budak, s. 186.

³⁸ Arslan, s. 193. Ancak belirtelim ki 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring, Finansman ve Tasarruf Finansman Şirketleri Kanunu m.33/3'e göre finansal kiralama sözleşmelerinden doğan borçlara teminat olarak alınan ipoteklerin paraya çevrilmesinde İİK m.150/1 uygulanır.

terimlerdir³⁹. Yargıtay bazı kararlarında bankalar dışındaki alacaklıların da İİK m. 150/ı hükmüne dayanabileceği ifade etmiştir⁴⁰. Ancak, Yargıtay'ın bu kararları somut bir örneğe dayanmadığı için eleştirilmiştir⁴¹. Yargıtay daha sonraları “*Öte yandan, İİK'nun 150/ı ve buna bağlı olarak uygulanacak olan 68/b maddesi alacaklı banka lehine düzenlemeleri içermekte olup, kurumsal ve ciddi bir yapıya ve devletin sıkı denetimine tabi olan bankalar ve kredi veren kuruluşlar yönünden yapılan bu düzenlemelerin, herhangi bir gerçek ya da tüzel kişi alacaklı için de uygulanacağı kabulü ağır sonuçlara yol açabilecektir. Bu nedenle anılan maddedeki düzenlemenin banka ve kredi veren kuruluşlar yönünden olup, diğer gerçek ya da tüzel kişilerin anılan maddeye dayalı olarak ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı icra takibi yapmalarının mümkün olmadığı*” yönünde kararlar vermiştir⁴². Fikrimizce kredi kullandıranlar lehine menfaat dengesini bu derece bozan bir hükmün, bankalar için bile uygulanması doğru değilken, bankalar kadar kurumsal olmayan ve denetime tabi bulunmayan kredi kullandıran diğer kişiler için uygulanmaması gerekir.

Borçlu cari hesaplar, bankanın müşterisine verdiği, çoğu zaman bir limit dahilinde ve teminat karşılığında açtığı kredi sözleşmeleri ile ilgili hesap tutma şeklidir⁴³. Yargıtay'a göre, borçlu cari hesapta banka daima alacaklı konumunda olduğundan cari hesap sözleşmelerindeki karşılıklılık unsuru gerçekleşmez. Bu nedenle borçlu cari hesabı gerçek bir cari hesap değildir ve TTK'nın cari hesap sözleşmesine ilişkin hükümleri borçlu cari hesap sözleşmesine uygulanmaz⁴⁴. Budak'a göre, bu konuda farklı görüşler bulunmakla beraber TTK'nın cari hesaba ilişkin hükümlerinin borçlu cari hesaba uygulanacağı kabul edilse bile, İİK

³⁹ Budak, s. 186.

⁴⁰ Yargıtay 12.HD, 19.10.1995, 12444/14067, Kuru, Baki. Türkmen Kitapevi, *İcra ve İflas Hukuku El kitabı*, İstanbul 2004, s. 865.

⁴¹ Budak, s. 186.

⁴² Yargıtay 12.HD, 09.07.2012, E. 2012/18021, K. 2012/23873, <https://kazanci.com.tr/>, E.T. 03.02.2022. Benzer Yönde Yargıtay 8. HD, 26.11.2012, E. 2012/10571, K. 2012/11223, Yavuz Süphandağ, *İcra El Kitabı*, İstanbul, Platon Hukuk, 2020, 733.

⁴³ Durgut, Ramazan. *Cari Hesap Sözleşmesi*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012, s. 65/66; Vural, Güven. “Cari Hesap Sözleşmesi I”, *Yargıtay Dergisi*, C. 7, S. 4, 1981, s. 604; Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku I.Giriş Ticari İşletme*, Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968, s. 575/576.

⁴⁴ Yargıtay HGK, 20.10.1978, E. 1977/11-213, K. 1978/856, <https://kazanci.com.tr/>, E.T. 03.02.2022; Yargıtay 11.HD, 03.02.1989, E. 1989/286, K. 1989/493, <https://kazanci.com.tr/>, E.T. 03.02.2022.

m. 150/1'da getirilen özel düzenlemenin diğer cari hesap sözleşmelerine uygulanması mümkün değildir. Çünkü alacaklının düzenlediği ve ilam niteliğinde kabul edilen bu belgelere ilişkin özel bir düzenleme olan İİK m. 150/1'nin dar yorumlanması gerekir⁴⁵.

II- İCRA VE İFLAS KANUNU M. 150/1 UYARINCA İPOTEĞİN PARAYA ÇEVRİLMESİ YOLUYLA İLAMLİ TAKİP

A. İCRA VE İFLAS KANUNU M. 150/1 UYARINCA İCRA EMRİ GÖNDERİLEBİLMESİNİN ŞARTLARI

Kredi kullandıranın İİK m. 150/1 uyarınca takip yapabilmesi için borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi ya da gayri nakdi kredi ilişkisinden kaynaklanan muaccel bir alacağının var olması; alacağın teminatı olarak bir üst sınır ipoteğinin kurulmuş olması; hesap özeti, tazmin talebi ya da ihtarın krediyi kullanana noter aracılığıyla gönderilmiş olması gerekir.

1. Borçlu Cari Hesap veya Kısa, Orta, Uzun Vadeli Nakdi ya da Gayri Nakdi Kredi İlişkisinden Kaynaklanan Muaccel Bir Alacağın Varlığı

Krediyi kullandıranın, krediyi kullanana karşı İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak takip yapabilmesi için borcun, borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi ya da gayri nakdi kredi ilişkisinden kaynaklanması gerekir. Borçlu cari hesap sözleşmesinin ayrı bir sözleşme olarak yapılması mümkün olmakla birlikte, bankalar tarafından bu sözleşmenin Genel Kredi Sözleşmesi, gibi adlar altında yapıldığı ve cari hesapla ilgili hükümlerin karma nitelikteki bu sözleşmelerde maddeler halinde yer aldığı tespit edilmiştir.

İcra ve İflas Kanununun 150/1 maddesinin uygulanabilmesi için taraflar arasında borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi ya da gayri nakdi kredi ilişkisinin varlığı yeterli olmayıp bu sözleşme ilişkisinde hesabın kapatılarak, borç miktarının borçluya bildirilerek ödemesi için ihtarında bulunulması ve bu ihtar ile alacağın muaccel hale getirilmesi gerekir. Kredi borcu, ipotekle temin edilmiş olsa dahi borçlu için bakiyenin muaccel kılınmadığı hallerde icra emri gönderilmesi mümkün olmayacaktır⁴⁶.

⁴⁵ Budak, s. 187/188.

⁴⁶ Arslan, s. 203.

Bankalar cari hesap şeklinde işlemeyen kredi sözleşmeleri de yaparlar. Bu kredi sözleşmeleri kısa, orta, uzun vadeli karz akdi şeklinde işleyen kredi sözleşmeleridir⁴⁷. Bu uygulama daha ziyade banka tarafından sözleşme başında belirlenen kredi limitinin tam olarak kullanıldığı ve limitin sonradan artırılmasının söz konusu olmadığı tüketici kredilerinde söz konusu olmaktadır. Karz akdi şeklindeki bu kredi sözleşmelerinde bankaların dönem dönem bakiyeyi tespit edip krediyi kullanana ara dönemde hesap özeti göndermesi mümkündür⁴⁸. Bu konuyla ilgili asıl düzenleme, Tüketicilerin Korunması Hakkındaki Kanun'da bankaların hesapla ilgili dökümün bir suretini krediyi kullanan tarafa vermesi zorunluluğu getirilerek yapılmıştır. Krediyi kullanan kredi borcunu ödemediği takdirde, bankanın alacağın ödenmesini talep etmesi yeterlidir. Her ne kadar İİK m. 150/1' da hesap özetinden bahsedilmiş olsa da karz akdi şeklinde işleyen kredi sözleşmelerindeki ödeme istemine dayanılarak da takip başlatılabilir. Doktrinde bu yöndeki görüşlerde madde metninde hesap özeti kavramının kullanılmasının sebebi olarak kanun koyucunun kredi sözleşmelerinin cari hesap şeklinde işletileceğini varsayması olduğu ifade edilmiştir⁴⁹.

Bankaların borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen kredi hesapları ile ilgili olarak borçluya noter vasıtası ile ilgili olarak gönderecekleri ihbarname İİK'nin 68/b ve 150/1 maddesinde ifade edilmiştir. Ancak ifadeler arasında tutarlılık bulunmadığı gibi bu maddelerin düzenlenmesinde cari hesap bakiyesinin tespiti ve bakiyenin borçlu için muaccel kılınması ile ilgili hükümler dikkate alınmamıştır.

Cari hesap ilişkisinde, sözleşme serbestisi ilkesi gereğince tarafların iradesine bırakılan ara dönem tarihlerinin belirlenmesi söz konusu iken, İİK m. 68/b'de bankaların faiz tahakkuk dönemleri dikkate alınarak faiz tahakkuk dönemini takip eden on beş gün içinde hesap özeti gönderilmesi zorunluluğundan bahsedilmiş ve bir aylık itiraz süresi içinde itiraz edilmediğinde borç ödenmeden hesap bakiyesi ile ilgili hususun dava konusu yapılamayacağı düzenlenmiştir. İİK'nin 150/1 maddesinde ise

⁴⁷ Yücel, s. 302.

⁴⁸ Yücel, s. 302.

⁴⁹ Yücel, s. 302 dp.78.

borçluya gönderilecek ihtarnamenin içeriğinin cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özeti, şeklinde hesap özeti içeriğine yönelik açıklama yapılmıştır. Bunun yanında kredi ilişkisinin gayri nakdi kredi şeklinde olması halinde (ki bu ağırlıklı olarak bankanın teminat mektubu vermesi şeklinde oluşur) gayri nakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla yapılmasından bahsedilmektedir. Bu düzenlemede ihtarın gönderilmesi ile ilgili bir süre öngörülmemektedir⁵⁰. Bunun sebebi bankanın cari hesabı, sözleşmede belirtilen nedenlerle faiz dönemlerine riayet etmeden kapatabilmesi ve gayri nakdi kredilerle ilgili olarak ne zaman ödeme yapacağını belli olmamasıdır.

Ancak her iki durumda da yeterince açık olmayan konular, cari hesap bakiyesinin belirlenmesi, bu bakiyenin borçluya bildirilmesi ve bu bildirimde borçluya bir ödeme süresinin tanınıp tanınmayacağı ve borçlunun ne zaman temerrüde düşmüş olacaktır. TBK m. 90'da *"İfa zamanı taraflarca kararlaştırılmadıkça veya hukuki ilişkinin özelliğinden anlaşılmadıkça her borç, doğumu anında muaccel olur."* hükmü yer almaktadır. Bankalar tarafından kullanılan kredilerin limitleri farklılık arz edecektir. Bu nedenle bakiye miktarlar arasında önemli fark olan kredilerde ödeme için süre tanınmaması veya her kredi için aynı sürenin tanınması makul olmayacaktır. TTK'nın 99'uncu maddesinde cari hesap ilişkisinde ölüm ve kısıtlılık halleriyle ilgili olarak *"Sözleşme süreli olup da taraflardan biri bu süre içinde ölür veya kısıtlanırsa her iki taraf ve kanuni temsilcileri ile halefleri on gün önceden haber vermek şartıyla cari hesap sözleşmesini feshedebilir. Ancak, artan tutarın ödenmesi hesabın 94'üncü maddeye göre kapatılması gereken tarihte istenebilir."* düzenlemesi getirilerek hesabın kapatılması, bakiyenin muaccel olması hali düzenlenmiştir.

Cari hesap ilişkilerinde bakiyenin belirlenmesi, muaccel olması çok önemli kavramlardır. Bu kavramlar yapılacak icra takibinde asıl alacak, diğer bir ifadeyle temerrüt faizi talep edilecek meblağ olarak karşımıza çıkacaktır. İİK m. 150/1 gereğince cari hesabın

⁵⁰ İİK'nin 68/b maddesinde ise faiz tahakkuk dönemini takip eden on beş gün içinde gönderilmesi ile ilgili düzenleme bulunmaktadır.

veya kısa, orta, uzun vadeli kredi şeklinde işleyen nakdi kredilerde kredi hesabının üç aylık faiz dönemlerinden önce bir dönemde kapatılması halinde üç aydan kısa olan dönem için tahakkuk ettirilen sözleşme faizinin ana paraya dahil edilerek temerrüt faizi işletilmesi TTK m. 96/1'e aykırılık teşkil edecektir⁵¹.

Son derece önemli olan borç bakiyesini, kanuna aykırı olarak artıran bu duruma, borçluların bilinçli bir şekilde yaklaştıkları görülmediği gibi amir nitelikte olan bu düzenlemenin icra takibi nedeniyle konunun mahkeme önünü gelmesi halinde mahkemece veya bilirkişi incelemelerinde de dikkate alındığına tesadüf edilmemiştir.

Doktrinde bir görüşe göre, banka muaccel alacaklarına yönelik takip talebinde, aynı ipotekle güvence altına alınmış, ancak; henüz doğmamış veya muaccel olmamış alacaklarının da ipotek miktarı ile sınırlı olmak koşuluyla, depo edilmesini isteyebilir⁵². Aksi halde, alacaklının henüz doğmamış veya muaccel olmamış ama ipotekle temin edilmiş alacaklarının teminatsız hale gelme riski olacaktır⁵³. Takip sonucunda ipotekli taşınmazın satılması halinde elde edilen miktar alacak miktarını aşıyorsa, bankanın teminatı olarak icra veznesine depo edilmelidir⁵⁴. Diğer bir görüşe göre, muaccel olmayan alacaklara ilişkin depo kararı istenemez. Zira bu alacakların doğup doğmayacağı bile belirsizdir⁵⁵. Yargıtay'a göre, "Teminat mektuplarının ödenmemiş, tazmin edilmemiş bedellerinin icra takibi sureti ile depo edilmesi istenemez. İİK'nun 150/1

⁵¹ Bileşik faiz ve sözleşme ile belirlenebilecek hükümler

TTK m. 96 (1) *Taraflar, üç aydan aşağı olmamak şartıyla, diledikleri andan başlamak üzere faizlerin ana paraya*

eklenmesini kararlaştırabilecekleri gibi hesap devreleri ile faiz ve komisyon miktarlarını da sözleşme ile belirleyebilirler.

(2) *8 inci maddenin ikinci ve üçüncü fıkrası hükümleri saklıdır.*

Ticari işlerde faiz

TTK m. 8 (2) *Üç aydan aşağı olmamak üzere, faizin anaparaya eklenerek birlikte tekrar faiz yürütülmesi şartı, yalnız cari hesaplarla her iki taraf bakımından da ticari iş niteliğinde olan ödünç sözleşmelerinde geçerlidir. Şu şartla ki, bu fıkra, sözleşenleri tacir olmayanlara uygulanmaz.*

(3) *Tüketicinin korunmasına ilişkin hükümler saklıdır.*

⁵² Arslan, s. 203; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 20; Tercan, s. 97.

⁵³ Arslan, s. 203.

⁵⁴ Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, 20; Tercan, s. 97.

⁵⁵ Yücel, s. 306/307.

*maddesine göre gönderilen hesap özetlerinde bu bedelin depo edilmesi istense bile hukuki bir sonuç doğurmaz.*⁵⁶ Ancak Yargıtay, sonraki yıllarda verdiği kararında ikili bir ayrıma gitmiştir. Yargıtay'a göre, nakde çevrilmemiş teminat mektubu, takip başlatılarak depo talep edilemez. Fakat, muaccel bir alacağa ilişkin başlatılmış takipte nakde çevrilmemiş teminat mektupları için depo istenebilir⁵⁷.

2. Alacağın Teminatı Olarak İpoteğin Varlığı

Rehinin paraya çevrilmesi yolunda icra emri gönderilebilmesi için alacağın veya rehin hakkının ya da her ikisinin de ilama ya da ilam niteliğinde belgeye dayanıyor olması gerekir (İİK m. 150/h). Kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içeren akit tablosu bulunmaktaysa İİK m. 149'a göre, borçluya ve varsa ipotek veren üçüncü kişiye karşı ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapılması mümkündür. İpotek akit tablosu kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermese bile diğer şartların varlığı halinde İİK m. 150/1 hükmü uyarınca ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapılması mümkündür. Bunun için öncelikle alacağın teminatı olarak bir üst sınır ipoteği kurulmuş olmalıdır. Bankaların cari hesap sözleşmesi yaparak kullandıkları kredilerde bankalar, ticari kredi müşterilerine belirli bir limit tahsis etmekle birlikte bu limiti kullanarak kullandırmama veya limitin altında bir miktarda kredi kullandırma konusunda kendilerinde yetki bulundurmaktadırlar. Ancak bankaların kendilerini güvence altına almak için ipotek tesis etmeleri için başlangıçta doğmuş ve miktarı belli olan bir borç olmadığı hallerde de ipotek tesisinin TMK'nin 881'inci maddesi uyarınca mümkündür.

Karz akdi şeklindeki kredi sözleşmeleri de İİK m. 150/1 kapsamına girdiğinden ve bu kredilerde krediyi kullanan taksitler halinde ödeme yaptıkça borç miktarı ve buna bağlı olarak anapara ipoteğindeki teminat miktarı da düşmektedir; anapara ipoteği

⁵⁶ Yargıtay 12.HD, 14.02.1991, E. 1990/8564, K. 1991/1707, <https://kazanci.com.tr/>, E.T 04.02.2022.

⁵⁷ Yargıtay HGK, 02.05.2007, E. 2007/12-241, K. 2007/239, <https://kazanci.com.tr/>, E.T 04.02.2022.

bankadan alınan diğer kredilerin teminatını oluşturmadığından uygulamada üst sınır ipoteği tercih edilmektedir⁵⁸.

3. Hesap Özeti, Tazmin Talebi ya da İhtarın Krediyi Kullanana Gönderilmesi

a. Belgelerin noter aracılığıyla gönderilmesi

Cari hesap sözleşmesi TTK'de düzenlendiği için, bankanın, hesap özeti, tazmin talebini veya borcun ödenmesine ilişkin ihtar TTK m. 18/3' te belirtilen taahhütlü mektup, telgraf veya güvenli elektronik posta yoluyla gönderebilir. Fakat, bu halde İİK m. 150/1'ya göre takip yapması mümkün olmayacaktır. Banka, İİK m. 150/1 uyarınca takip yapmak istiyorsa belgeleri noter aracılığı ile göndermesi şarttır⁵⁹.

Kredi kullandıranın İİK m. 150/1' ya göre takip yapabilmek için *"...krediyi kullanan tarafa ait cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına ilişkin hesap özeti veya gayrinakdi kredinin ödenmiş olması nedeniyle tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarın noter aracılığıyla krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren noterden tasdikli bir sureti ..."* icra müdürüne ibraz etmesi gerekir.

Noter aracılığıyla gönderilecek ihtarın sadece cari hesabın kesildiğine ilişkin olması yeterli olmayıp bu ihtarla birlikte hesap özeti de gönderilmesi gerekir. Gayri nakdi kredilerde de tazmin talebinin ve bankanın talep üzerine ödeme yaptığına dair belgeyle birlikte, borcun ödenmesine ilişkin ihtarın göndermesi gerekir. Bankanın gayri nakdi kredilerde, sadece kendisinden tazmin talebinde bulunmuş olmasını ihtarname konusu yapması mümkün değildir. Zira bankanın alacağı tazmin talebinin kendisine yöneltilmesi ile değil tazmin talebi üzerine kendisinin ödeme yapması nedeniyle doğacaktır.

Maddede gönderilecek ihtarın içeriği ile ilgili olarak seçenekler belirtilmiştir. Bunlar biri cari hesabın kesilmesine veya kısa, orta, uzun vadeli kredi hesabının muaccel kılınmasına dair hesap

⁵⁸ Tercan, s. 91; Seza Reisoğlu, 3182 Sayılı Bankalar Kanunu Şerhi, Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1988, s. 610.

⁵⁹ Arslan, s. 200; Tercan, s. 96; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 15.

özetidir. Buradan alacaklının hesabı kapattığını, yani alacağın muaccel olduğunu bildiren bir ihbarının olması ve bu ihbarının ekinde hesap özeti de yer alması gerektiğini anlıyoruz. Kanımızca hesap özeti, bir önceki dönem itibarıyla gönderilen hesap özeti ile hesap hareketlerini içerir şekilde olması gerekir. Aksi takdirde borçlunun hesap hareketlerini incelemesine izin vermeyen bir ekin Kanunun amacına hizmet etmesi mümkün değildir. Karz akdi şeklinde işleyen kredilerde gönderilen belgelerde alacak miktarı belirtilerek faiziyle birlikte ödenmesinin istenmesi yeterli olacaktır⁶⁰.

Noterin, bankanın kendisine tevdi ettiği hesap özeti, tazmin talebi veya ödeme ihtarı inceleme yetkisi bulunmamaktadır⁶¹. Zira bankanın gönderdiği bu ihtarnameler onaylama şeklinde yapılan noter işlemidir. İcra müdürü açısından da takip talebiyle birlikte ibraz edilen belgelerin niteliği ve içeriği ile ilgili olarak inceleme yapma yetkisi- görevi bulunduğu dair bir düzenleme mevcut değildir. Kambiyo senetlerine mahsus haciz yolu ile takipte İİK'nin 168'inci maddesinde icra müdürünün ibraz edilen senedin kambiyo senedi olduğu ve vadesinin geldiğini inceleme yetkisi olduğu düzenlenmiştir.

İİK m. 150/1' da noter vasıtasıyla yapılacak ihbarla ilgili bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenle, gönderim süresine ilişkin genel hükümlerin uygulanacağı görüşü ileri sürülmektedir⁶². İİK m. 68/b'de borçlu cari hesap sözleşmesinde belirtilen dönemleri veya kısa, orta, uzun vadeli kredi sözleşmelerinde yazılı faiz tahakkuk dönemlerini takip eden on beş gün içinde belgelerin gönderilmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

Kanımızca, ihtarnamede krediyi kullanana ödeme için süre verilmesi düzenlenebilirdi. Kanun maddesinde geçen "*borcun ödenmesine ilişkin ihtarı*" ibaresi bu konuya yeterince açıklık kazandırıcı nitelikte değildir. Burada verilecek sürenin kredi türüne ve miktarına göre belirlenmesi mümkün olabilirdi. Örneğin kira bedelinin ödenmemesine dayanan ilamsız tahliye verilen

⁶⁰ Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 15.

⁶¹ Tercan, s. 101.

⁶² Arslan, s. 201; Yücel, s. 312.

(on günlük, otuz günlük ve altmış günlük) ödeme süreleri gibi kısa, orta uzun vadeli kredilere de ödeme süreleri öngörülebilirdi.

Doktrinde bir görüşe göre, İİK m. 150/1 hükmü takipte ödeme emri değil icra emri gönderilmesini mümkün kılarak alacaklıya olağanüstü yetkiler vermektedir. Bu nedenle dar yorumlanması gerekir. Borçluya gönderilen cari hesabı kesmeyen veya nakdi kredilerde borcu muaccel kılmayan basit bir ihtarın İİK m. 150/1' da öngörülen sonuçları doğurmak için yeterli olmayacağı kabul edilmelidir⁶³.

b. Belgelerin krediyi kullanana tebliğ edilmesi

İİK m. 150/1' ya göre takip yapabilmek için belgelerin “...tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını gösteren...” noterden tasdikli bir sureti icra müdürüne ibraz edilmiş olmalıdır. Tebliğin, krediyi kullanan tarafa kredi sözleşmesinde yazılı ya da ipotek akit tablosunda belirtilen adrese gönderilmek suretiyle gerçekleştirilmesi gerekir. Ancak burada ‘gönderilmek suretiyle tebliğ edildiğini veya 68/b maddesi gereğince tebliğ edilmiş sayıldığını’ ifadesi kullanılıp Tebligat Kanunu’nda yer almayan bir ifadeye yer verilmiştir. Tebligat Kanunu’nda asıl olan muhataba bilinen en son adresinde tebligat yapılmasıdır (Teb. K. m. 10). Tebligat Kanunu hükümleri gereğince muhataba veya muhatap adına tebliğ kabul yetkisi düzenlenenlere tebligat yapılamaması halleri Teb. K. 20, 21, 28 ve 35 inci maddelerde düzenlenmiştir. Bu maddelerde “tebligatın adrese ulaştığı tarih” gibi bir ibare ve bu durumun tebliğ tarihi sayılmasına dair bir ibare mevcut değildir. Her halükarda mümkün olduğunca muhatapın haberdar olmasını sağlamak için evrakın muhtara teslimi ile tesellümü ihtiva eden ihbarnamenin gösterilen adresteki binanın kapısına yapıştırılması veya tebliğ olunacak evrakın eski adresin kapısına asılması yöntemi kabul edilmiştir. İİK’nin 150/1 maddesinde de eski adrese ulaştığı tarih ibaresi yerine noterlerin çıkarttıkları tebligata koyacakları ibare üzerine Tebligat Kanununun 21’inci maddesi hükmünün uygulanması imkanı getirilebilirdi. Tebligat hukukunda bir evrakın gönderilmesi, evrakın tebliğ edilmiş sayılması için yeterli değildir. Tebligat ile muhatapın bilgilendirilmesi ve bu bilgilendirmenin belgelendirilmesi söz

⁶³ Budak, s. 191/192.

konusudur⁶⁴. Bir evrakın sadece gönderilmesi tebliğ edilmesi anlamına gelmemekte; göndermek tek başına bilgilendirme ve belgelendirme işlevlerini de yerine getirmemektedir.

İİK m. 150/1' da belirtilen, tebliğ edilmiş sayılmasından kastedilen İİK m. 68/b 'de "Sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesi, yurt içinde bir adresin noter aracılığıyla krediyi kullandıran tarafa bildirilmesi hâlinde sonuç doğurur; yeni adresin bu şekilde bildirilmemesi hâlinde hesap özeti eski adrese ulaştığı tarih tebliğ tarihi sayılır." ibaresidir. O halde belgelerin krediyi kullananın kredi sözleşmesinde yazılı adresine ya da akit tablosunda belirtilen adresine tebliğ edilmiş olması gerekir. Sözleşmede gösterilen adresin değiştirilmesi durumunda, yeni adresin noter marifetiyle bankaya bildirilmesi gerekecektir. Bildirim yapılmamışsa hesap özeti eski adrese tebliğ edilir⁶⁵. Tebliğ edilmiş sayılma ifadesi tüm bu açıklamalar düşünüldüğünde hukuki dinlenilme hakkını ihlal etmektedir.

c. Belgelere itiraz

İİK m. 150/1' ya göre, krediyi kullanan kendisine tebliğ edilen ya da tebliğ edilmiş sayılan hesap özeti, tazmin talebi ya da ihtara karşı sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz edebilir. İtiraz noter aracılığıyla yapılmaz ise İİK m. 150/1 hükmünün uygulanması engellenemez⁶⁶. Doktrinde itirazın noter aracılığı ile yapılmasının geçerlilik şartı olduğunu ifade eden görüşler bulunmaktadır⁶⁷. İtiraz borcun varlığına, vadesine veya miktarına yönelik olabilir⁶⁸. Borçlu borca itiraz etmemiş olsa bile alacağın doğduğu tarihten temerrüt tarihine kadar geçen süre için talep edilen akdi faize ve takip tarihinden itibaren temerrüt tarihine kadar geçen süre için talep edilen temerrüt faizine itiraz edebilir⁶⁹.

⁶⁴ Atalı, Murat / Ermenek, İbrahim / Üçüncü, Hilal. *Tebliğat Hukuku*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020, s. 18-19; Özbay, İbrahim / Yardımcı, Taner Emre. *Tebliğat Hukuku*, Adalet Yayınevi, Ankara, 2020, s. 16.

⁶⁵ Yargıtay 12. HD, 13.04.2006, E. 2006/4992, K. 2006/7809, www.kazanci.com.tr, E.T. 16.02.2022.

⁶⁶ Yargıtay 12. HD, 23.03.1989, E. 1988/8729, K. 1989/4069, www.kazanci.com.tr, E.T. 07.02.2022.

⁶⁷ Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 16; Tercan, s. 101. Aksi yönde Bkz.: Öktemer, s. 169.

⁶⁸ Tercan, s. 100.

⁶⁹ Yargıtay 12. HD, 23.06.2021, E. 2021/1992, K. 2021/6859, www.kazanci.com.tr, E.T. 05.04.2022.

İtirazın sekiz gün içinde notere tevdi edilmesinin yeterli olup olmadığı, bu süre içerisinde muhataba tebliğ edilmesinin gerekip gerekmediği doktrinde tartışmalıdır. Bir görüşe göre, krediyi kullananın itirazının sekiz gün içinde karşı tarafa ulaşması gerekir. Zira, irade beyanın sonuç doğurabilmesi için muhataba ulaşması gerekir⁷⁰. Bu görüş, borçlu aleyhine ağır sonuçlara yol açacağı sebebiyle eleştirilmiştir. Krediyi kullananın süresi içinde notere tevdi etmesi ancak kalan sürede elinde olmayan sebeplerle belgelerin tebliğ edilememesinden de sorumlu tutulmuş olur⁷¹. Ayrıca, sekiz gün içinde noter itirazı bankaya bildirmese borçlunun tazminat talebi ile karşılaşabilecektir⁷². Bizim de katıldığımız diğer görüşe göre, belgelerin sekiz gün içinde notere tevdi yeterlidir⁷³.

Krediyi kullananın kendisine tebliğ edilen belgelere sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz etmesinin sonucu, krediyi kullananın İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak başlatacağı takibe karşı şikayette bulunabilmesidir. Diğer bir deyişle, krediyi kullananın kendisine gönderilen belgelere itiraz etmiş olması kredi verenin İİK m. 150/1 uyarınca takip yapmasını engellemez. Ancak, krediyi kullanan sekiz gün içinde noter aracılığı ile itiraz etmişse takibe karşı şikayet yoluna başvurabilir. Krediyi kullanan takibe karşı başvuracağı şikayette, kendisine tebliğ edilen veya tebliğ edilmiş sayılan belgelere sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz ettiğine ilişkin noter onaylı suret ile itirazını ispat etmelidir. Burada borçlunun itiraz etmesi tam bir savunma hakkı tanımamaktadır. Çünkü, itiraza rağmen alacaklı takibe başlayabilir veya başladığı takibe devam edebilir. İtiraz eden borçluya tanınan şikayet hakkı da hukuki dinlenilme hakkının yerine getirilmiş olması için yeterli değildir. Şikayet üzerine alacaklı banka, kendi düzenlediği ve İİK m. 68/b'de yer alan belgeleri elinde bulunduruyorsa borçlunun şikayeti reddedilir.

Krediyi kullananın kendisine tebliğ edilen belgelere sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz etmemesinin, sekiz günlük süre geçirildikten sonra itiraz etmesinin veya itirazı noter aracılığıyla

⁷⁰ Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 16; Reisoğlu, s. 30.

⁷¹ Tercan, s. 101 dp.72.

⁷² Reisoğlu, s. 30; Reisoğlu, Şerh, s. 614.

⁷³ Arslan, s. 201; Yücel, s. 316/317; Budak, s. 195; Tercan, s. 101; Yargıtay 12. HD, 05.12.1990, E.1990/11765, K.1990/12592, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.02.2022.

yapmamasının sonucu, krediyi kullananın İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak başlatacağı takipte bu belgelerin kesinleşmesidir⁷⁴. Borçlu bu durumda borçlu olmadığını icranın geri bırakılması yolu ile ya da menfi tespit davası açarak ispatlamaya çalışacaktır⁷⁵.

İİK'nda krediyi kullandırmanın İİK m. 150/1 uyarınca takibe başvurabilmesi için bekleme süresi öngörülmemiştir. Diğer bir deyişle krediyi kullanan belgeleri noter aracılığıyla tebliğ ettiğine dair noter onaylı sureti icra dairesine ibraz ederek takip başlatabilecektir. Kredi kullanan için öngörülen sekiz günlük itiraz süresinin geçmesini beklemesine ilişkin bir ifade bulunmamaktadır. Doktrinde bir görüşe göre, sekiz günlük itiraz süresinin geçmesi gerekir⁷⁶. Reisoğlu'na göre, sekiz günlük süre beklenmeden icra emri gönderilmesini talep etmede herhangi bir yarar yoktur. Zira, krediyi kullanan sekiz gün içinde itiraz edip icra emrinin iptalini talep edebilecektir.⁷⁷ Yargıtay ise sekiz günlük süre beklenmeden takip yapılmış olmasının yerinde olmadığından şikayetin kabulüne karar vermiştir⁷⁸. Borçlu hesap özetine karşı kanunda öngörülen şekilde itiraz ederse ve noter onaylı sureti icra müdürüne ibraz ederek bankanın İİK m. 150/1' ya dayanarak takip yapmakta hakkı bulunmadığını şikayet yolu ile ileri sürülebilir. İtirazın amacının bu olduğu düşünüldüğünde, bankanın itiraz süresi geçmeden takip yapmasının yerinde olmayacağı düşünülebilir.

C- İİK M. 150/1 UYARINCA İPOTEĞİN PARAYA ÇEVİRİLMESİ YOLUYLA TAKİPTE TAKİP AŞAMALARI

1. Yetki, Takip Talebi ve İcra Emri

İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte takip talebi İİK m. 148' de düzenlenmiştir. Buna göre; *“Taşınmaz ipotek alacaklısı, yetkili veya taşınmazın bulunduğu yer icra dairesine elindeki ipotek belgesinin akit tablosunun tapu idaresince verilmiş resmi bir*

⁷⁴ Yargıtay 12. HD, 16.11.1990, E. 1990/12498, K.1990/11673, www.kazanci.com.tr, E.T. 07.02.2022.

⁷⁵ Yücel, s. 320; Tercan, s. 104.

⁷⁶ Arslan, s. 202.

⁷⁷ Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 17.

⁷⁸ Budak, s. 190. Yargıtay 12. HD, 29.01.2001, E. 2001/303, K. 2001/1268, www.kazanci.com.tr, E.T. 07.02.2022; Yargıtay 12. HD, 26.03.2001, E. 2001/4409, K. 2001/5171, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.02.2022.

örneğini ibrazla alacağın miktarını bildirir ve 58 inci maddeye göre takip talebinde bulunur.”. İpoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte yetkili icra daireleri İİK m. 50⁷⁹ ve HMK m. 5-19 hükümleri uyarınca yetkili olanlar ve taşınmazın bulunduğu yer icra dairesidir⁸⁰. Yargıtay’a göre, İİK m. 150/1 uyarınca yapılacak takiplerde ilamlı icrada takip yetkisine ilişkin İİK m. 34 uygulanacaktır. Bu nedenle takip, herhangi bir yerdeki icra dairesinde yapılabilir⁸¹.

Alacaklı, takip talebine hesap özeti, tazmin talebinin veya ihtarin gönderildiğine ilişkin noter onaylı belgeyi eklemelidir. Alacaklı takip talebinde borçluya noter aracılığıyla ihtarname gönderdiğine ve ihtarnamenin tebliğ edildiği veya tebliğ edilmiş sayıldığına dair belgeyi eklemelidir. Krediyi kullandıranın alacağı, itiraz edilmemiş belgelerdeki miktar bakımından kesinleşmiş sayılmaktadır⁸². Bu nedenle krediyi kullandıran alacaklı takip talebinde kesinleşen miktar kadar talepte bulunabilir. Kesinleşmeyen alacaklar bakımından ilamsız icra yoluna başvurulabilir⁸³. Bir üst sınır ipoteği kurulmuş olduğundan alacaklı limit dahilinde kalan, alacağını ve alacağa ilişkin faiz ile takip talebi ve vekalet ücretini de isteyebilir.

Takip talebini alan icra müdürü İİK m. 149’ a göre işlem yaparak icra emri gönderecektir. İcra emri, krediyi kullanan borçluya ve taşınmaz maliki üçüncü şahıs tarafından rehnedilmiş ya da taşınmazın mülkiyeti üçüncü şahsa geçmişse ayrıca bunlara gönderilir. İcra emrinin gönderilebilmesi için alacağın muaccel olması, takip talebinin verilmiş olması ve belgelerin noter aracılığı ile krediyi kullananı tebliğ edildiğine ilişkin noter onaylı suretinin takip talebine eklenmiş olması gerekir. İcra emri İİK m. 149’ a göre işlem yapılarak düzenlenecektir. İİK m. 150/1’da açıkça

⁷⁹ İİK m.50: “*Para veya teminat borcu için takip hususunda Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun yetkiye dair hükümleri kıyas yolu ile tatbik olunur. Şu kadar ki, takibe esas olan akdin yapıldığı icra dairesi de takibe yetkilidir.*”.

⁸⁰ Yücel, s. 266.

⁸¹ Arslan, s. 201/202. Yargıtay 12. HD, 04.04.2006, E. 2015/32934, K. 2016/9707, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.02.2022: “...alacaklı tarafından İİK'nun 150/1 maddesi göndermesi ile aynı Kanun'un 149.maddesine göre ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla icra takibi yapılarak borçlulara icra emri tebliğ edildiğine göre, İİK'nun 34.maddesi uyarınca yetki itirazı dinlenemez.”.

⁸² Yücel, s. 324/325.

⁸³ Yücel, s. 325.

belirtmediği için icra müdürünün noter ihtarının eklerini ve içeriğini inceleme yükümlülüğü bulunmamaktadır. Ancak, bu durumda, tazmin talebi ile ödemeye ilişkin bir belge sunmayan bankanın henüz nakde dönüşmemiş banka teminat mektupları için takip başlatması durumu ortaya çıkabilecektir.

Alacaklının takip talebinde ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamlı takip yapmak istediğini belirtmesi gerekmektedir. Belirtilmemişse belgelerden İİK m. 150/1' ya göre takip yapılacağını anlayan icra müdürü kendiliğinden İİK m. 149' a göre icra emri gönderemez⁸⁴.

İcra müdürü, takip talebinde talep edilen alacak miktarının ipotek miktarını aşip aşmadığını kontrol etmesi gerekir⁸⁵. Yargıtay'a göre icra müdürü, alacak miktarının ipotek miktarını aşip aşmadığını resen gözetmelidir. Aksi takdirde alacağın ipotek miktarını aşığı şikayet yoluyla her zaman ileri sürülebilir⁸⁶.

2. İcranın Geri Bırakılması

Krediyi kullanan borçlu veya varsa ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişi İİK m. 149/a gereğince icranın geri bırakılmasını talep edebilir (İİK m. 149/2). İİK m. 149/2'deki "...icra emrinde borcun otuz gün içinde ödenmesi ve bu müddet içinde borç ödenmez ve icra mahkemesinden icranın geri bırakılmasına dair bir karar getirilmezse, alacaklının taşınmazın satışını isteyebileceği bildirilir." ifadesi ve İİK m. 149/a-1'in İİK m. 33/1' e yaptığı yollama nedeniyle icranın geriye bırakılmasına ilişkin sürede görüş ayrılıkları ortaya çıkmaktadır. Zira, İİK m. 33/1' de icranın geri bırakılması için süre, icra emrinin tebliğden itibaren yedi gün olarak öngörülmüştür.

⁸⁴ Yücel, s. 326.

⁸⁵ Yücel, s. 328.

⁸⁶ Yargıtay 12.HD, 21.11.2006, E. 18486, K. 21749, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.02.2022: "İleride gerçekleşecek veya gerçekleşmesi muhtemel bir alacağın teminatı olarak tesis edilen ve MK'nun 851 ve 881. maddelerinde belirtilen azami meblağ ipoteğinde (üst sınır ipoteği) borcun ulaşacağı miktar belirsiz olduğundan taşınmazların ne miktar için teminat oluşturacağı ipotek akit tablosunda limitle sınırlanabilir. MK'nun 875.maddesi hükmünde belirtilen ve ipotekle teminat altına alınan alacak faiz icra takip giderleri ve taraflarca kararlaştırılan eklentilerden oluşan toplam borç miktarının bu limiti aşması mümkün değildir. HGK'nun 1989/11-294 E, 1989/378 ve 24.05.1989 tarihli kararında da yukarıdaki kural benimsenmiştir. İpoteğin üst sınır ipoteği olması halinde borçlu sadece ipotek akit tablosunda belirtilen miktar ile sınırlı olmak üzere sorumludur. İpotek aktinin niteliği gözönüne alındığında limitin aşıldığı yönündeki şikayetler süreye tabi değildir."

Doktrinde bir görüşe göre, borçlu icranın geri bırakılmasını, borcun ödenmesi için öngörülen otuz günlük sürede istenebilir⁸⁷. Bizim de katıldığımız diğer bir görüşe göre, İİK m. 149 uyarınca yapılan takiplerde ödeme süresi otuz gün, icra emrinin geriye bırakılması için öngörülen süre yedi gündür⁸⁸. Zira, icranın geri bırakılmasına ilişkin 149/a maddesinde İİK m. 33/ 1,2,4' e atıf yapılmaktadır. İİK m. 33/1' de de icranın geri bırakılması için öngörülen süre yedi gündür. Ancak, ödeme nedeniyle de icranın geri bırakılması mümkün olduğundan otuz günlük ödeme süresinden sonra yedi gün içinde icranın geri bırakılması talep edilebilir. Kuru'ya göre, icranın geri bırakılmasının yedi günlük sürede başvurulması yalnızca borcun icra emrinden önce ertelenmiş veya itfa edilmiş hallere ilişkindir. İcra emrinin tebliğinden sonraki dönemde borcun ertelenmiş ya da itfa edilmiş olduğu iddiası her zaman ileri sürülebilir⁸⁹.

İİK m. 33/1 c.2' ye göre; *“İtfa veya imhal iddiası yetkili mercilerce re’sen yapılmış veya usulüne göre tasdik edilmiş yahut icra dairesinde veya icra mahkemesinde veya mahkeme önünde ikrar olunmuş senetle tevsik edildiği takdirde icra geri bırakılır.”* İcraın geri bırakılmasının reddine karşı istinaf yoluna başvuran borçlu ya da üçüncü kişi, alacağın yüzde on beşi oranında teminat yatırmadığı takdirde satış durmaz. İstinaf sonucunda talebin reddedilmesiyle teminat, ayrıca hükme gerek olmaksızın alacaklıya ödenir. Teminatın alacaklıya ödenebilmesi için karar düzletme süresinin geçmiş veya talebin reddedilmiş olması gerekir⁹⁰.

İİK m. 33/4' e göre; *“Borçlu olmadığı parayı ödemek mecburiyetinde kalan borçlunun 72'nci madde mucibince istirdat davası açarak paranın geriye verilmesini istemek hakkı saklıdır.”* Doktrindeki görüşlere göre, her ne kadar madde metninde istirdat davasından bahsedilmiş olsa da menfi tespit davası da açılabilir⁹¹.

⁸⁷ Budak, s. 175.

⁸⁸ Kuru, s. 1011/1012; Yücel, s. 275; Yargıtay 12.HD, 01.04.1987, E. 10823, K. 4537, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.02.2022.

⁸⁹ Kuru, s. 1011/1012.

⁹⁰ Budak, s. 177.

⁹¹ Budak, s. 179/180; Kuru, s. 1013.

ŞİKÂYET

1. Genel Olarak

İcra ve İflas Dairelerinin yaptığı işlemler ile ilgili olarak İİK m. 16' da belirtilen şikâyet sebepleri ile icra mahkemesine şikâyette bulunulabilir. İpoteğin paraya çevrilmesi ile ilamlı takipte ipoteğin üst sınırını aşacak şekilde takip yapılmış ve icra emri gönderilmişse borçlu icra mahkemesine şikâyette bulunabilecektir⁹². Borçlu, alacak muaccel değilken gönderilen icra emrine karşı da icra mahkemesine şikâyette bulunabilecektir. Alacaklının İİK m. 150/1 uyarınca takip hakkı olmadığı borçluya veya taşınmaz maliki üçüncü kişiye karşı takip başlatmış ve icra dairesinde icra emri gönderilmiş olması da şikâyet sebebidir. Borçluya hesap özeti, tazmin talebi veya ihtar gönderilmemiş; noter aracılığı ile gönderilmiş olup da buna ilişkin belge takip talebine eklenmemiş olmasına rağmen icra emri gönderilmişse borçlu icra mahkemesine şikâyette bulunabilir.

2. İİK m. 150/1 Hükmü Anlamında Şikâyet

Her ne kadar kanunda şikâyet ifadesi kullanılmış olsa da burada gerçek anlamda bir şikâyetten bahsetmenin mümkün olmadığını düşünüyoruz. Zira şikâyet, icra ve iflas dairelerinin kanuna veya olaya uygun olmayan işlemlerine karşı başvuru hukuki bir yoldur⁹³. İcra müdürünün kendiliğinden gözetmesi gereken bir hususta şikâyet yoluna başvurulabilir⁹⁴.

Doktrinde İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak borçlunun şikâyette bulunmasının teknik anlamda şikâyet olmadığı, borca itiraz olduğu yönünde görüşler bulunmaktadır⁹⁵. Bu görüşe göre; bir işlemin şikâyete konu olması için, icra organının kendiliğinden yapması gereken bir işlem olması gerekir. İcra müdürü kendisine İİK m. 150/1 uyarınca kredi alacaklısı tarafından ilgili belgelerin ibraz edilmesi ile icra emri göndermek durumundadır. İcra müdürünün bu belgelere itiraz edilip edilmediğini araştırma yükümlülüğü de

⁹² Arslan, s. 204.

⁹³ Pekcanitez, Hakan / Simil, Cemil. *Şikâyet*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017, s. 49.

⁹⁴ Yargıtay HGK, 08.02.2012, E. 2011/12-721, K. 2012/51, www.kazanci.com.tr, E.T. 08.02.2022.

⁹⁵ Budak, s. 198/199; Tercan, s. 102.

yoktur⁹⁶. Ayrıca, borçlu, icra organının işlemi değil, kendisine gönderilen ihbarnameye itiraz ettiğini bildirerek icra mahkemesine müracaat etmektedir. Bu halde krediyi kullanan borçlu, borca itiraz etmiş bulunmaktadır⁹⁷.

Müracaat üzerine icra mahkemesi alacağın İİK m. 68/b hükmüne uygun olarak alacağın varlığını ve miktarını tespit etmeye çalışır⁹⁸. Bu durumda icra mahkemesinin önüne Kanunun ifadesine göre şikâyet yoluyla gelmiş bir müracaat olsa da, itirazın kaldırılmasına benzer bir usul uygulanarak ihtilaf giderilmektedir⁹⁹.

Krediyi kullanan, kendisine gönderilen hesap özeti, tazmin talebi veya ihtara karşı itirazda bulunmuş yine de takip başlatılıp icra emri gönderilmişse, bu belgelere karşı süresi içinde itiraz ettiğine dair noter onaylı belgeyle birlikte icra emrine karşı şikâyette bulunabilir. Krediyi kullanan süresi içinde itiraz ettiğini noter onaylı belge ile ispat etmezse şikâyeti kabul edilmez. İcra emrine karşı gidilebilecek yol icranın geri bırakılmasıken İİK m. 150/1 uyarınca yapılacak takiplerde icra emrine karşı şikâyet yoluna başvurulması kabul edilmiştir¹⁰⁰. İcra mahkemesi şikâyeti duruşmalı olarak inceleyecektir¹⁰¹.

İİK m. 150/1' da belirtilen şikâyetin süresi yedi gündür¹⁰². Krediyi kullanan süresi içinde ve noter aracılığı ile itirazda bulunmaz ise alacak kesinleşecektir. Krediyi kullananın şikâyeti icrayı durdurmayacaktır. Ancak borçlunun kendisine karşı İİK m. 150/1'ya göre başlatılan takipte, borcun sona erdiğine veya ertelendiğine ilişkin resmî veya imzası ikrar edilmiş bir belge ibraz ederek icranın geri bırakılmasını talep etmesi mümkündür (İİK m. 33).

Doktrinde, krediyi kullanan tarafın, İİK m. 150/1 uyarınca gönderilen icra emrine süresinde noter aracılığı ile itiraz ettiğini ileri sürerek şikâyet yoluna başvurması ve durumu noter onaylı belge ile ispatlaması halinde icra emrinin iptal edilmesi gerektiği

⁹⁶ Tercan, s. 103.

⁹⁷ Tercan, s. 103.

⁹⁸ Bkz.: dp.100-101.

⁹⁹ Budak, s. 196.

¹⁰⁰ Özeken, s. 110/111.

¹⁰¹ Budak, s. 196.

¹⁰² Yücel, s. 280; Tercan, s. 102.

ileri sürülmüştür¹⁰³. Zira, kredi borçlusunun şikâyetiyle kredi verenin ilamlı icra yapma hakkının bulunmadığı tespit edilmiş olacaktır¹⁰⁴.

Diğer bir görüşe göre, ihbarnameye öngörülen sürede noter aracılığıyla itiraz edilmişse icra mahkemesinin icra emrinin iptaline karar vermesi ve icra müdürünün, borçlu ve varsa ipotekli taşınmaz sahibi üçüncü kişiye ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla ilamsız takibe ilişkin ödeme emri göndermesi daha uygun olur¹⁰⁵. Zira, ilgili belgelere itiraz edilerek elde edilmek istenen sonuç alacaklının ilamsız icraya başvurabilmesini engellemektir. Ancak bu şekilde bir düzenleme kanunda bulunmamaktadır.

Borçlu kendisine gelen icra emrine karşı şikâyet yoluyla kanunda öngörülen şekilde bir itirazının olduğunu belgeleyerek bankanın İİK m. 150/ı uyarınca takip yapamayacağını ileri sürmektedir. Ancak, banka alacağını İİK m. 68/b çerçevesinde diğer belgelerle ispatlayabiliyorsa, krediyi kullanan tarafın şikâyeti reddedilir¹⁰⁶. Yargıtay'a göre, şikâyet üzerine İİK m. 68/b hükmüne göre bir bilirkişi incelemesi yapılması gerekir¹⁰⁷. Borçlunun itiraz etmediği hesap özetleri ile ihtarnameler, bunların dayandığı kredi sözleşmeleri ve banka tarafından usulüne uygun düzenlenmiş diğer belge ve makbuzlar itirazın kesin kaldırılmasına yarayan belgelerden sayılırlar (İİK m. 68/b/3). Bu belgeler "belge zinciri" oluşturdukları zaman dikkate alınacaktır¹⁰⁸.

İlamlı takipte icra emri bulunmakta ve icra emrine karşı da borcun varlığına ya da miktarına karşı itiraz söz konusu olamamaktadır. Sadece, icranın geri bırakılması yoluna başvurulabilir. Ancak, İİK m. 150/ı' da ilam veya ilam niteliğinde bir belge bulunmadığından borçluya bir şekilde borca itiraz etme imkanı verilmelidir¹⁰⁹.

¹⁰³ Yücel, s. 344; Kuru, s. 1016; Budak, s. 196.

¹⁰⁴ Yücel, s. 344.

¹⁰⁵ Kuru, s. 1016.

¹⁰⁶ Yargıtay 12. HD, 14.11.2005, E. 2005/18605, K. 2005/22031, www.kazanci.com.tr, E.T. 09.02.2022.

¹⁰⁷ Yargıtay 12. HD, 17.01.2018, E. 2016/26030, K. 2018/228, www.kazanci.com.tr, E.T. 20.04.2022; Yargıtay 12. HD, 22.06.2006, E. 2006/10407, K. 2006/13512; www.kazanci.com.tr, E.T. 20.04.2022; Yargıtay 12. HD, 29.03.2005, E. 2005/3386, K. 2005/6610, www.kazanci.com.tr, E.T. 20.04.2022.

¹⁰⁸ Yücel, s. 346-347.

¹⁰⁹ Yücel, s. 336.

ÜÇÜNCÜ KİŞİLERİN DURUMU

1. İpotekli Taşınmazın Maliki Üçüncü Kişinin Durumu

İİK m. 150/1 hükmü genel olarak krediyi kullanan ve kullandırana ilişkindir. İlgili hüküm, ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye ilişkin ayrıntılı bir düzenlemeye yer vermese de İİK m. 149' a yaptığı yollama nedeniyle icra emri borçluyla birlikte ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye de gönderilir¹¹⁰. İcra emrini alan üçüncü kişi İİK m. 149/a/1 ve 33/1 uyarınca itfa ve imhâl sebeplerine dayanarak icranın geri bırakılması yoluna başvurabilir¹¹¹.

Türk Medeni Kanunu m. 887' ye göre, borçtan şahsen sorumlu olmayan ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişiye karşı alacaklının ödeme isteminin etkili olabilmesi için bu istemin borçluyla birlikte üçüncü kişiye de yapılmış olması gerekir¹¹². Burada ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişiye İİK m. 150/1 uyarınca bir hesap özeti gönderilmemektedir. Ancak, ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye karşı takip yapılabilmesi için borcun muaccel hale gelmesi gerekir¹¹³.

Doktrinde ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişinin şikayet hakkına sahip olup olmadığına ilişkin görüş ayrılığı bulunmaktadır. Zira İİK m. 150/1 sadece m. 149' a yollama yapmaktadır. İİK m. 150/1 kredi kullandırmanın hesap özeti, tazmin talebini veya ihtarı krediyi kullanana göndermesini öngörmüştür. Bu belgelerin ipotekli

¹¹⁰ Arslan, s. 203; Pekcamtez, Hakan. "İpoteğin Paraya Çevrilmesi ile İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, 33, 2000, s. 44.

¹¹¹ Arslan, s. 203/204; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 23. Yargıtay 12. HD, 03.11.2003, E. 2003/17648, K. 2003/21446, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.02.2022: "İpotek veren diğer borçlular 3. kişi olup bu kişilere hesap özeti tebliği zorunlu değildir. İhtarat yeterli olup, hesap özeti tebliği ihtarat sayılmalıdır. 3. kişi konumundaki bu kişiler sadece icranın geri bırakılması isteyebilirler."

¹¹² Yargıtay, HGK, 19.03.2019, E.2017/8-1872, K.2019/315 (Süphandağ, s. 731); Yargıtay 12 HD, 02.03.2015, E.2015/1515, K.2015/4275 (Süphandağ, s. 733); Yargıtay 12. HD, 23.06.2009, E. 2009/13177, K. 2009/13867, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.02.2022: "İpotekli taşınmazın maliki borçtan şahsen sorumlu değil ise de, alacaklının ödeme isteminin ona karşı etkili olması, bu istemin hem borçluya, hem de kendisine karşı yapılmış olmasına bağlıdır. Bir başka deyişle ipotek veren 3. kişi yönünden borç muaccel hale getirilmediği takdirde, onun hakkında takip başlatılamaz." Budak'a göre, taşınmaz maliki üçüncü kişiye gönderilen icra emri TMK m.887'deki muacceliyet ihbarı işlevini göremeye yeteceğinden İİK m.150/1'ya son cümlelerin eklenmesine gerek bulunmamaktaydı (Budak, s. 191 dp.49).

¹¹³ Yargıtay 12. HD, 12.05.2005, E. 2005/5840, K. 2005/10515, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.02.2022.

taşınmazın maliki üçüncü kişiye gönderilmesi gerekmez¹¹⁴. Bu nedenle üçüncü kişinin bu belgelere itiraz hakkı yoktur¹¹⁵.

Doktrinde bir görüşe göre, hesap özeti, tazmin talebi veya ihtar gönderilmeyen üçüncü kişinin şikayet yoluna başvurma hakkı bulunmamaktadır¹¹⁶. Zira, şikayet yolunda borcun esasına yönelik itirazlarda bulunulabilmektedir. Kredi kullanan; hesap özeti, tazmin talebi veya ihtara karşı itiraz etmemişse ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi de şikâyet yoluna başvuramaz¹¹⁷. Ancak krediyi kullanan taraf, belgelere karşı itiraz etmiş ve fakat icra emrine karşı şikayet yoluna başvuramışsa, ipotekli taşınmaz sahibi üçüncü kişi şikayet yoluna başvurabilir¹¹⁸. Doktrindeki bir diğer görüşe göre, borçlu süresi içinde kendisine gönderilen belgelere itiraz etmemişse ipotekli taşınmaz sahibi üçüncü kişi icra emrine şikayet ederek asıl borçlunun borçlu olmadığını veya borcun istenildiği kadar olmadığına itiraz edebilir¹¹⁹. Zira, krediyi kullanan itiraz etmediği için belgelerdeki borcun şeklen kesinleşmesi, ipotek akit tablosu kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermediğinden üçüncü kişi içinde aynı sonucu doğurmaz¹²⁰.

Krediyi kullanan kendisine gönderilen icra emrine karşı şikayet yoluna başvurmuşsa ipotekli taşınmazın sahibi bu durumdan yararlanacaktır¹²¹. Reisoğlu'na göre, krediyi kullanan tarafından icra emrine karşı şikayette bulunulmuş ve icra emrinin iptaline karar verilmişse, ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi bu durumu öğrendiği tarihten itibaren yedi gün içinde icra mahkemesine şikayette bulunmalıdır¹²². Bu görüş, ipoteğin paraya çevrilmesi yoluyla takipte kredi borçlusu ve ipotekli taşınmaz maliki üçüncü

¹¹⁴ Kuru, s. 1017; Budak, s. 192. Yargıtay 12 HD., 27.10.1992, E. 1992/5512, K. 1992/12619, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.02.2022; Yargıtay 12. HD, 12.05.2005, E. 2005/5840, K. 2005/10515, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.02.2022.

¹¹⁵ Tercan, s. 100; Yücel, s. 350.

¹¹⁶ Arslan, s. 204; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 24.

¹¹⁷ Tercan, s. 107.

¹¹⁸ Kuru, s. 1017; Arslan, s. 204. Budak'a göre itiraz etmemiş olsa dahi şikayet yoluna başvurabilir Budak, s. 193.

¹¹⁹ Kuru, s. 1018.

¹²⁰ Kuru, s. 1017.

¹²¹ Kuru, s. 1017; Arslan, s. 204; Tercan, s. 107.

¹²² Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 24.

kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunduğu¹²³, icra emrinin iptal edilmesi nedeniyle asıl borçluya karşı yürütülemeyen takibin yalnızca üçüncü kişiye karşı devam ettirilemeyeceği gerekçeleriyle eleştirilmiştir¹²⁴.

İİK m. 150/1' ya göre başlatılacak takiplerde borçlu ve ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır¹²⁵. Takip sadece asıl borçluya karşı başlatılmış, ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye yöneltilmemişse ipotekli taşınmaz malikinin takibe dahil edilmesi gerektiği doktrinde ileri sürülmektedir¹²⁶. Yargıtay bir kararında, taşınmazı yeni satın alan malikin defi ve itirazlarını ileri sürme hakkı elinden alınmaması, hukuki dinlenilme hakkından mahrum bırakılmaması gerektiğini ifade etmiştir. Yargıtay bu kararında, asıl borçluya birlikte ipotekli taşınmazı takip tarihinden önce satın alan üçüncü kişiye karşı beraber takibe başlanması gerekirken sadece borçluya karşı takibe başlanmasını isabetli şekilde yasaya aykırı bulmuştur. Ancak kararın devamında Yargıtay, bu eksikliğin HMK m. 124 uyarınca ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye karşı “ek takip talebinde” bulunulup icra emri gönderilmesi suretiyle tamamlanması gerektiğine karar vermiştir¹²⁷. Fikrimizce, bu eksikliğin Yargıtay kararında belirtilen şekilde tamamlanması mümkün değildir. Zira, zorunlu takip arkadaşlığında her iki tarafında aynı takip talebinde belirtilmesi gerekirdi. Kaldı ki, İİK ve literatürde “ek takip talebi” isimli bir hukuki müessese bulunmamaktadır. Her bir takip talebi ile bir diğerinden ayrı, yeni bir takip başlatılmaktadır. Ek takip talebi ismi verilen yeni bir takip talebi ile bir önceki takibe borçlu eklemek mümkün değildir. Böyle bir durumda icra müdürünün zorunlu takip arkadaşının gösterilmemesi nedeni ile icra emri düzenlememesi gerekirdi (İİK m. 60/1 c.1).

¹²³ Yargıtay 12. HD, 14.02.2006, E. 2005/ 25851, K. 2006/2389, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.02.2022.

¹²⁴ Yücel, s. 352.

¹²⁵ Pekcanitez, s. 44.

¹²⁶ Pekcanitez, s. 45; Küçük, Barış. “İİK m.150/1 Uyarınca İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Yapılan Takiplerde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, C. 14, S. 158, 2019, s. 1949.

¹²⁷ Yargıtay 12. HD, 10.11.2016, E. 2016/30147, K. 2016/23277, <https://karararama.yargitay.gov.tr/>, E.T. 11.03.2022.

Yargıtay, takibin sadece ipotekli taşınmazın malikine yöneltmiş olması durumunda, HMK m. 124/3 uyarınca borçlunun takibe dahil edilebileceğini şu şekilde ifade etmiştir: “HMK’nın 124/3. maddesi uyarınca maddi bir hatadan kaynaklanan veya dürüstlük kuralına aykırı olmayan taraf değişikliği talebinin kabulü için, karşı tarafın rızası aranmaz. Aynı maddenin 4.fıkrasında da “dava dilekçesinde tarafın yanlış veya eksik gösterilmesi kabul edilebilir bir yanılığa dayanıyorsa, hâkim karşı tarafın rızasını aramaksızın taraf değişikliği talebini kabul edebilir” düzenlemesi yer almaktadır. Anılan hükmün icra takiplerinde de uygulanması gerekir. Dolayısıyla ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile yapılan takipte, asıl borçlu takipte gösterilip, ipotek veren gösterilmemiş ya da ipotek verene takip yöneltilip asıl borçlu hakkında takip yapılmamış ise bu durum kabul edilebilir bir yanılığa dayandığından HMK’nın 124/3.maddesi uygulaması ile anılan kişi sonradan takibe dahil edilmek suretiyle eksiklik giderilebilir.”¹²⁸. Doktrinde bir görüşe göre, zorunlu takip arkadaşlarının takibe dahil edilmemesi dolayısı ile itirazların ve defilerin ileri sürülebilmesi hukuki dinlenilme hakkı ihlal edilmektedir. Bu nedenle HMK m. 124/3 icra takiplerinde de uygulanmalıdır¹²⁹. Diğer görüşe göre, zorunlu takip arkadaşlığı bulunan hallerde iradi taraf değişikliğine ilişkin hükümler uygulanamaz, eksik olan takip arkadaşı takibe dahil edilerek takibe devam edilmesi gerekmektedir ¹³⁰. Fikrimizce de zorunlu takip arkadaşlığının bulunduğu bu halde iradi taraf değişikliğine ilişkin hükümler uygulanmamalıdır. Ancak, eksik taraf olan asıl borçlu takibe dahil edilerek takibe devam edilmesi gibi bir durum da söz konusu olamaz. Böyle bir durumda icra müdürünün zorunlu takip arkadaşının gösterilmemesi nedeni ile icra emri düzenlememesi gerekirdi (İİK m. 60/1 c.1). İcra müdürünün düzenlediği bu icra emrine karşı şikayet yoluna başvurulabilir.

2. Kefilin Durumu

İİK m. 150/1 hükmü krediyi kullanan ve kullandıranı ilişkindir. Kredi borcuna kefil olan üçüncü kişilere ilgili maddede belirtilen hesap özeti, tazmin talebi veya ihbar gönderilmesi söz konusu

¹²⁸ Yargıtay 12. HD, 27.09.2016, E. 2016/18646, K. 2016/19929, www.kazanci.com.tr, E.T. 11.03.2022.

¹²⁹ Küçük, s. 1952.

¹³⁰ Pekcanitez, Hakan / Taş Korkmaz, Hülya. *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku*, C. 1, On İki Levha, İstanbul, 2017, s. 630/631.

değildir. Bu belgeler gönderilmiş olsa dahi borca kefil olan üçüncü kişiye İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak icra emri gönderilemez¹³¹. Zira, krediyi kullandıran taraf, kefil karşı yalnızca haciz ya da iflas yolu ile takip yapabilir¹³². Krediyi kullananın İİK m. 150/1'ya göre kendisine gönderilen belgelere itiraz etmemesi nedeniyle alacağın şeklen kesinleşmesi kefil açısından bir sonuç doğurmayacaktır¹³³. Kefil kendisine karşı başlatılan haciz ya da iflas yoluyla takibe karşı icra emrine itiraz edebilir¹³⁴. Kefilin İİK m. 150/1' ya göre gönderilmemesi gereken ancak her nasılsa gönderilen icra emrine itiraz hakkı yoktur¹³⁵.

TMK m. 855/1 'de “ *Birden çok taşınmazın aynı borç için rehnedilmesi, taşınmazların aynı malike veya borçtan müteselsilen sorumlu olan maliklere ait olmalarına bağlıdır.*” İfadesi nedeni ile bankalar ipotek alırken borçtan müteselsilen kefil olduğuna dair bir ifade koymaktadırlar. Dolayısıyla birden çok taşınmaz aynı borç için rehneden üçüncü kişi müteselsilen kefil olmuştur. Bir üçüncü kişi hem asıl borç için ipotek vermiş, hem de asıl borca müteselsil kefil olmuş ise, alacaklı o kişiye karşı hem (asıl borçlu ile birlikte) ipotek veren üçüncü kişi sıfatı ile ipoteğin paraya çevrilmesi yolu ile takip yapabilir, hem de ipotek limiti dışında kalan alacak bölümü için müteselsil kefil sıfatı ile genel haciz yolu ile takip yapabilir¹³⁶ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu bir kararında bu hususu belirtmiş ve ipotek limiti aşılmışsa kefilin takip edilemeyeceğine karar vermiştir¹³⁷. Türk Borçlar Kanunu m. 590' a göre, borç kefile bildirildiği tarihten itibaren muaccel olacağından, tazmin talebinin asıl borçlu ile kefile de bildirilmesi gerekir¹³⁸.

¹³¹ Kuru, s. 1018; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 26.

¹³² Kuru, s. 1018. Yargıtay 12. HD, 10.5.2005, E. 2005/7025, K. 2005/10261, www.kazanci.com.tr, E.T. 10.02.2022

¹³³ Yücel, s. 353.

¹³⁴ Arslan, s. 205; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 27.

¹³⁵ Kuru, s. 1018; Reisoğlu, 3494 Sayılı Kanun, s. 26.

¹³⁶ Kuru, s. 989.

¹³⁷ Yargıtay HGK, 18.06.2019, E.2017/12-356, K.2019-711, https://www.kazanci.com.tr/, E.T. 12.05.2022.

¹³⁸ Arslan, s. 205; Kuru, s. 1018/1019.

SONUÇ

Borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi veya gayri nakdi kredi şeklinde işleyen kredilere uygulanabilen İİK m. 150/1 hükmü bankalar lehine getirilmiş bir düzenlemedir. Bu düzenleme ile bankalara birtakım şartların varlığı halinde ilam olmadan, ilamlı icra yapabilme hakkı tanınmaktadır. Bu çalışma ile bankalara tanınan bu hakkın kullanılarak takibin nasıl gerçekleştirileceği üzerinde durulmuştur.

Bankaların İİK m. 150/1' ya dayanarak takip yapabilmeleri için alacaklarının borçlu cari hesap veya kısa, orta, uzun vadeli nakdi veya gayri nakdi kredi ilişkisine dayanmasıdır. Bu kredilere dayanan alacaklarının muaccel de olması gerekir. İpotek akit tablosu kayıtsız şartsız para borcu ikrarını içermiyorsa İİK m. 150/1 uyarınca takip yapabilmek için alacağın ipotekle teminat altına alınması gerekir. Bankaların daha sonra, hesap özeti, tazmin talebinin veya borcun ödenmesine ilişkin ihtarı noter aracılığıyla borçluya göndermeleri gerekir. Bankaların ne kadarlık bir süre içinde bu hesap özeti, tazmin talebini veya ihtarı alan borçlu sekiz gün içinde noter aracılığıyla hesap özeti, tazmin talebine veya ihtara itiraz edebilir. Hesap özeti, tazmin talebini veya ihtarı alan borçlu sekiz gün içinde noter aracılığıyla hesap özeti, tazmin talebine veya ihtara itiraz edebilir. Hesap özeti, tazmin talebine veya ihtara itiraz edemez. Hesap özeti, tazmin talebine veya ihtara karşı süresinde noter aracılığıyla itiraz eden borçlu bankanın kendisine karşı başlattığı ve İİK m. 150/1' ya dayanan takibe karşı şikayet yoluna başvurabilir. Alacaklı bankanın sekiz günlük itiraz süresini beklemeden takibe başlayıp başlayamayacağı doktrinde tartışmalıdır. İtirazın amacı daha sonra kendisine karşı takip başlatılan borçlunun hesap özeti, tazmin talebine veya ihtara itiraz ettiğini bildirerek şikayet yoluna başvurarak bankanın İİK m. 150/1 uyarınca takibe başlama hakkının olmadığını ileri sürebilir. Bu nedenle, bankanın sekiz günlük süreyi beklemesi gerektiği düşünülebilir.

Şikayet eden borçlu şikayetine hesap özeti, tazmin talebine veya ihtara karşı sekiz gün içinde noter aracılığıyla itiraz ettiğine dair noter onaylı sureti eklemelidir. Şikayet ile bankanın İİK m. 150/1 hükmüne dayanarak ilamsız takip yapma hakkının olmadığı ileri

sürülmektedir. Banka bu şikayete karşı alacaklı olduğunu İİK m. 68/b' de belirtilen diğer belgelerle ispatlayabilir. Banka alacaklı olduğunu ispat edemezse, icra mahkemesinin yapacağı şikayet incelemesi sonunda icra emrinin iptaline karar vermesi düşünülebilir.

İpotekli taşınmazın maliki üçüncü kişiye bu kişiye İİK m. 150/1 kapsamında bir hesap özeti, tazmin talebi veya ihtar gönderilmemektedir. Ancak alacakların ödenmesi için ipotekli taşınmaz maliki üçüncü kişiye başvurabilmek için ödeme isteminin borçluyla birlikte üçüncü kişiye de yapılmış olması gerekir (TMK m 887). Kendisine hesap özeti, tazmin talebi veya ihtar gönderilmeyen ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişinin İİK m. 150/1 uyarınca yapılan takipte şikayet hakkı bulunmakta mıdır? Borçlu ve ipotekli taşınmazın maliki üçüncü kişi arasında zorunlu takip arkadaşlığı bulunmaktadır. Bu durumda takibin tarafı olan malik, borçlu hesap özetine, tazmin talebine veya ihtara itiraz etmemiş olsa dahi icra emrine karşı şikayet yoluna başvurabilmelidir. Zira, asıl borçlunun itiraz etmemesinin sonucunda kendisine hesap özeti, tazmin talebi veya ihtar dahi gönderilmemiş üçüncü kişiyi sorumlu tutmanın doğru olmadığı düşünülebilir. Kefili karşı ise, İİK m. 150/1' ya dayanarak takip yapmak mümkün değildir. Kefile karşı sadece haciz veya iflas yoluyla takip yapılabilir.

KAYNAKÇA

- Arslan, Ramazan. "İİK'nun 68/B ve 150/I Maddelerinin Banka Alacaklarının Tahsiline Getirdiği Kolaylıklar". İçinde *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*, editör Ali Cem Budak, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 1993, s. 187-219.
- Budak, Ali Cem. "İİK'nda Borçlu Aleyhine Yapılan Değişiklikler". *Türk, İngiliz ve ABD Hukukunda İşletmelerin Ödeme Güçlüğü Sorunları ve Banka İlişkileri Sempozyumu*. Ali Cem Budak, Marmara Üniversitesi Avrupa Topluluğu Enstitüsü, İstanbul, 1993, 313-318 (1993).
- Budak, Ali Cem. *İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yolu ile Takip*. Yeditepe Üniversitesi, İstanbul, 2008.
- Çiftçi, Pınar. *İcra Hukukunda Menfaat Dengesi*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2010.
- Durgut, Ramazan. *Cari Hesap Sözleşmesi*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2012.

- Erdönmez, Güray. *Pekcanitez Usûl, Medenî Usûl Hukuku*. C. 1. On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Karayalçın, Yaşar. *Ticaret Hukuku I.Giriş Ticari İşletme*. Güzel İstanbul Matbaası, Ankara, 1968.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*. Türkmen Kitapevi, İstanbul, 2004.
- Küçük, Barış. "İİK m.150/1 Uyarınca İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Yapılan Takiplerde Üçüncü Kişilerin Hukuki Durumu". *Terazi Hukuk Dergisi*. C. 14, S. 158, 2019, s. 1946-1954.
- Murat, Atalı / Ermenek, İbrahim / Üçüncü, Hilal. *Tebliğat Hukuku*. Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2020.
- Öktemer, Semih. "İİKnun 68/b ve 150/1 Maddelerine İlişkin Uygulama". *Yargıtay Dergisi*, C.23, S. 1-2, 1997, s. 155-70.
- Özbay, İbrahim, ve Taner Emre Yardımcı. *Tebliğat Hukuku*. Adalet Yayınevi, Ankara, 2020.
- Özekes, Muhammet. "İcra ve İflâs Kanunu'nda Yer Alan Kredi Kurumları ile İlgili İcra Hükümlerinin Eleştirisi". İçinde *Ticaret Hukuku ve Yargıtay Kararları Sempozyumu*, Banka ve Ticaret Hukuku Araştırma Enstitüsü, Ankara, 2007, s. 97-122.
- Pekcanitez, Hakan. "İpoteğin Paraya Çevrilmesi İle İlgili Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar", *Bankacılar Dergisi*, S. 33, 2000, s. 40-58.
- Pekcanitez, Hakan / Simil, Cemil. *Şikayet*. Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2017.
- Pekcanitez, Hakan / Taş Korkmaz, Hülya. *Pekcanitez Usul, Medeni Usul Hukuku*. C. 1. On İki Levha, İstanbul, 2017.
- Reisoğlu, Seza. *3182 Sayılı Bankalar Kanunu Şerhi*. Ayyıldız Matbaası, Ankara, 1988 (Şerh).
- Reisoğlu, Seza. *Bankalar Açısından İİKndaki Yeni Düzenlemeler*. Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1989 (3494 Sayılı Kanun).
- Reisoğlu, Seza. *Bankaların Kredi İşlemlerinden Doğan Alacaklarının Tahsilinin Hızlandırılması*. Türkiye Bankalar Birliği, Ankara, 1986.
- Süphandağ, Yavuz. *İcra El Kitabı*. Platon Hukuk, İstanbul, 2020.
- Tercan, Erdal. "İpoteğin Paraya Çevrilmesinde Kredi Kurumlarının Özel Durumu". *Banka ve Ticaret Hukuku Dergisi*, C. 17, S. 4, 1994, s. 79-110.
- Tunç Yücel, Müjgan. *Banka Alacaklarının İpoteğin Paraya Çevrilmesi Yoluyla Takibi*. On İki Levha, İstanbul, 2010.
- Uluyol, Osman. "1980-2000 Döneminde Türkiye'de Bankacılığın Gelişimi". *Muhasebe ve Finans Tarihi Araştırmaları Dergisi*, C. 17, S. Temmuz, 2019, s. 73-107.

Vural, Güven. “Cari Hesap Sözleşmesi I”. *Yargıtay Dergisi*, C. 7, S. 4, 1981, s. 600-611.

<https://kazanci.com.tr/>

<https://karararama.yargitay.gov.tr/>

İFLAS HUKUKUNDA SATICININ GERİ ALMA HAKKI

*Dr. Öğr. Üyesi Şükran AKGÜN***

*Arş. Gör. Merve ÇAĞLAK MELEZ***

Öz

Külli bir takip yolu olan iflasın müflis açısından olduğu gibi alacaklılar açısından da birtakım hukuki sonuçları mevcuttur. İflasın alacaklılar açısından sonuçları arasında, müflisin taraf olduğu sözleşmelere etkisi sonucunda ortaya çıkan bazı haklar yer almaktadır. Bu haklardan biri olan İcra ve İflas Kanunu m. 190'da düzenlenen satıcının geri alma hakkının da iflasın satış sözleşmesine etkisi kapsamında değerlendirilmesi daha makul bir yaklaşımdır. Söz konusu düzenleme uyarınca satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için; gönderilmesi gereken bir mala ilişkin satış sözleşmesinin iflas kararından önce yapılması ancak satılan malın iflas kararından önce müflisin eline geçmemiş olması gerekmektedir. Yüz yüze satışlarda da gönderilmesi gereken bir mal satış sözleşmesine konu olabileceğinden bu şekilde akdedilen sözleşmelerde de satıcı geri alma hakkını kullanabilmelidir. Satıcının geri alma hakkına ilişkin şartların var olduğu durumlarda dahi iflas idaresi sözleşmeye katılmak suretiyle malın teslimini talep edebilecektir. Çalışmamızda ilgili kanuni düzenlemenin şartlarının yanı sıra uygulanabilirliğine ilişkin sorunlara da yer verilmiştir.

Anahtar Kelimeler: İflas, İflasın Hukuki Sonuçları, İflasın Sözleşmelere Etkisi, Satıcının Geri Alma Hakkı.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, ekeiks@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-6780-6074.

** Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi, Medeni Usul Hukuku ve İcra ve İflas Hukuku Anabilim Dalı, mervecaglak@erciyes.edu.tr, ORCID ID: 0000-0001-5659-589X.

Abstract

As for the bankruptcy of bankruptcy, which is a follow-up path, it also has some legal consequences for creditors. The consequences of bankruptcy for creditors include certain rights arising from the effect of bankruptcy on contracts. It is a more plausible approach to consider the right of withdrawal of the seller held in 190 within the scope of the effect of bankruptcy on the sales contract. According to the said arrangement, the sales contract for a good must be made before the bankruptcy decision, but the goods sold must not have been received by the bankrupt before the bankruptcy decision. The seller must be able to use the right of withdrawal in the contracts concluded in such a way, as a commodity which must be sent in face-to-face sales may also be subject to the sales contract. In cases where the terms of the buyer's right of withdrawal exist, the bankruptcy administration may request the delivery of the goods by joining the contract. In our study, besides the conditions of the relevant legal regulation, the problems related to its applicability are also included.

Keywords: Bankruptcy, Legal Results of Bankruptcy, The Effect of Bankruptcy on Contracts, The Right of Retention of the Seller.

GİRİŞ

Müflisin haczedilebilir bütün malvarlığının paraya çevrilerek, bütün alacaklıların tatmin edilmesini sağlayan iflasın hem müflis hem de alacaklılar açısından bazı hukuki sonuçları mevcuttur. Bu hukuki sonuçlar ticaret mahkemesi tarafından iflas kararının verilmesi ile; bir başka deyişle iflasın açılması ile ortaya çıkmaktadır.

İflas açıldığı anda müflisin haczi kabil bütün mal ve hakları, kendiliğinden iflas masasını oluşturur. İflas masasını oluşturan malların masaya dâhil olmaları açısından nerede ve kimin elinde oldukları herhangi bir önem arz etmemektedir. Bir malvarlığı değerinin iflas masasına dâhil olup olmadığı belirlenmesinde en önemli husus, söz konusu malların müflise ait olup olmadığıdır. Dolayısıyla müflise ait olmayan mallar, iflas masası kapsamında yer almamaktadır. İflas masasında yer almaması gerekirken masada yer alan mallara ilişkin bazı kanuni düzenlemeler söz konusudur. Bu düzenlemeler kapsamında İcra ve İflas Kanunu, hacizde olduğu gibi iflasta da istihkak davalarına yer vermektedir. Ancak hacizde olduğunun aksine iflasta istihkak yalnızca malın borçlunun bir başka deyişle masanın elinde bulunması haline ilişkin düzenlemeye (İİK m. 228) yer vermektedir.

İcra ve İflas Kanunumuz masaya dâhil edilmiş olup da üçüncü kişiye ait olduğu iddia edilen mallar için bir başka deyişle iflasta istihkak iddialarına ilişkin genel bir düzenlemeye yer vermekle birlikte masadan çıkarma için özel bazı düzenlemelere de yer vermektedir. Bu düzenlemeler; İİK m. 188'de yer alan "bedelinin tahsili için verilmiş emre veya hamiline muharrer senetler", m. 189'da yer alan "başkasına ait malın satış bedeli" ve son olarak m. 190'da yer alan ve çalışma konumuz olan "satıcının geri alma hakkı"dır. Doktrinde masadan çıkarma halleri arasında yer alan satıcının geri alma hakkının istihkak iddiasının özel bir görünümü olduğu ifade edilmektedir¹. Çalışmamızın satıcının geri alma hakkının hukuki niteliğine ilişkin bölümünde söz konusu

¹ Altay, Sümer. *Türk İflas Hukuku, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 689; Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1214; Özbek, Serdar. "İflas Masasından Çıkarılabilecek Mal ve Haklar", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3, 2001, s. 997; Yıldırım, Mehmet Kâmil/ Deren- Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015, s. 459; Atalı, Murat/ Ermenek, İbrahim/Erdoğan, Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 555;

nitelendirmeye ilişkin daha detaylı bir inceleme yapılacaktır. Ancak çalışma akışımızın anlaşılabilmesi açısından İİK m. 190'da düzenlenen satıcının geri alma hakkını, istihkak iddiası olarak değil iflasın sözleşmelere etkisi kapsamında nitelendirdiğimizi belirtmemiz gerekmektedir. Zira ilgili kanuni düzenlemenin uygulama kapsamında olan bir mal müflisin eline geçmemiş; bir başka deyişle hukuki veya fiili tasarrufuna girmemiş olan bir mal olup, masaya dâhil değildir. Bu nedenle İİK m. 190' da düzenlenen satıcının geri alma hakkı, iflasın sözleşmelere etkisi kapsamında bir talep olarak değerlendirilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu m. 190'da düzenlenen satıcının geri alma hakkının iflasın sözleşmelere etkisi kapsamında bir talep olarak değerlendirdiğimiz için, çalışmamızda öncelikle iflasın sözleşmeler etkisi incelenecektir. Bu incelemede ise özellikle çalışmamızın ana konusunun satış sözleşmesine ilişkin bir talep olması nedeniyle, iflasın satış sözleşmesine etkisi üzerinde durulacaktır. İflasın satış sözleşmesine etkisinin incelenmesinin ardından çalışmamızın temel konusu olan satıcının geri alma hakkı, şartları dikkate alınarak değerlendirilecektir. İstisnai bir düzenleme olan satıcının geri alma hakkı ise öncelikle Kanun'daki düzenleme şekli dikkate alınarak yoruma ihtiyaç duyan hususlar açısından incelenecektir. Kanun'daki şartlara yönelik yapılan incelemenin ardından söz konusu düzenlemenin uygulanabilirliğini etkileyen hususlar tespit edilecektir.

I- İFLASIN SÖZLEŞMELERE ETKİSİ

A- GENEL OLARAK

İflasın etkileyeceği sözleşmeler, müflisin iflasın açılmasından önce tarafı haline geldiği ancak iflasın açıldığı anda henüz tam olarak ifa edilmemiş olan sözleşmelerdir². Bir başka deyişle müflisin iflasın açılmasından sonra yapmış olduğu sözleşmeler açısından iflasın etkisinden bahsedilememektedir.

² Altay, Sümer. *Türk İflas Hukuku Cilt 2*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004, s. 1060; Kuru, s. 1246; Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku Cilt: II*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013, s. 1344; Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s. 575;

Sözleşmenin taraflarından birinin iflası halinde kural olarak sözleşme kendiliğinden sona ermemektedir³. Ancak, bazı sözleşmelerin taraflarından birinin iflası ile sona ereceğine ilişkin özel kanuni düzenlemeler de bulunmaktadır. Zira sözleşmenin taraflarından birinin iflası sonucunda sözleşme ile elde edilmek istenen amaç tehlikeye girebilmektedir⁴. Bu nedenle kanunda istisnai olarak bazı sözleşmelerin taraflarından birinin iflası halinde sona ereceği düzenlenmektedir. Burada iflasın açılması ile sona erecek ve ermeyecek sözleşmelerden kısaca bahsedilecektir.

1. İFLAS İLE SONA EREN SÖZLEŞMELER

Sözleşmenin tarafları arasında güvene dayalı bir ilişkinin söz konusu olduğu ve bu güvenin sözleşmenin amacı açısından önem arz ettiği sözleşmelerde, taraflardan birinin iflası diğer tarafın sözleşmeye devamını güçleştirebilmekte hatta imkânsız hale getirebilmektedir⁵. Kanun koyucu bu durumu dikkate alarak taraflardan birinin iflası halinde bazı sözleşmelerin kendiliğinden sona ereceğini düzenlemiştir. Bu sözleşmeler; vekâlet sözleşmesi, komisyon sözleşmesi, acentelik sözleşmesi, hasılat kirası sözleşmesi, finansal kiralama sözleşmesi, ömür boyu gelir ve ölünceye kadar bakma sözleşmeleri, adi ortaklık sözleşmesi, donatma iştiraki ve cari hesap sözleşmesidir.

Taraflardan birinin iflası halinde sözleşmenin kendiliğinden sona ereceği sözleşmelerin başında 6098 sayılı TBK m. 513/1 düzenlemesi uyarınca vekâlet sözleşmesi gelmektedir. Söz konusu düzenlemeye göre vekâlet sözleşmesinde sözleşmenin taraflarından birinin iflası sözleşmeyi kendiliğinden sona erdirmektedir⁶. Bu kanun hükmü yalnızca vekâlet sözleşmesinde uygulama alanı bulmamaktadır. Kanunlarda söz konusu

³ Altay, *Cilt 2*, s. 1057; Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, Legal Yayınevi, Eylül, 2016, s. 582; Tercan, Erdal. *İflasin Sözleşmeler Etkisi*, Adil Yayınevi, Ankara, 1996, s. 13; Üstündağ, Saim. *İflas Hukuku*, 8. Bası, Yaylacık Matbaacılık, İstanbul, 2009, s. 109; Muşul, s. 1343; Ulukapı, Ömer. *İcra ve İflas Hukuku*, 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 436.; Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020, 435.

⁴ Altay, *Cilt 2*, s. 1057; Kuru, 2016, s. 582; Tercan, s. 12.

⁵ Altay, *Cilt 2*, s. 1066; Kuru, 2016, s. 582; Tercan, s. 12; Üstündağ, s. 108.

⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu m. 513/1: “Sözleşmeden veya işin niteliğinden aksi anlaşılmadıkça sözleşme, vekilin veya vekâlet verenin ölümü, ehliyetini kaybetmesi ya da iflası ile kendiliğinden sona ermiş olur. Bu hüküm, taraflardan birinin tüzel kişi olması durumunda, bu tüzel kişiliğin sona ermesinde de uygulanır.”.

düzenlemeye yapılan yollama nedeniyle birçok sözleşmede uygulama alanı bulmaktadır. Örneğin komisyon sözleşmelerine ilişkin TBK m. 532/2 hükmünde; vekâlet sözleşmesine ilişkin hükümlerin uygulama alanı bulacağı belirtildiğinden, komisyon sözleşmesinin taraflarından birinin iflası halinde TBK m.513/1 uyarınca sözleşme kendiliğinden sona ermektedir⁷. Yine 6102 sayılı TTK m. 121/3'te yer alan düzenlemede, acentelik sözleşmesine ilişkin TBK m. 513 hükmünün uygulanacağı belirtildiğinden, taraflardan birinin iflası halinde acentelik sözleşmesi de kendiliğinden sona ermektedir⁸.

İflasın açılması ile kendiliğinden sona eren sözleşmelerden birisi de hasılat kirası sözleşmesidir. Ancak vekâlet, komisyon ve acentelik sözleşmelerinden farklı olarak hasılat kirasında sözleşme yalnızca kiracının iflası halinde sona ermektedir. Bu husus TBK m. 370/1'de "*Kiracının iflası hâlinde sözleşme, iflasın açıldığı anda, kendiliğinden sona erer.*" şeklinde düzenlenmektedir. Söz konusu düzenleme 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu'nda da yer almaktadır. Kanun'un m.30/1 hükmüne göre finansal kiralama sözleşmesi, kiracının iflası halinde kendiliğinden sona ermektedir⁹.

Ömür boyu gelir ve ölünceye kadar bakma sözleşmelerinde de Türk Borçlar Kanunu'nun ilgili hükümleri uyarınca borçlunun iflası halinde sözleşme kendiliğinden sona ermektedir¹⁰.

Adi ortaklıkta ise TBK m. 639' a göre adi ortaklık sözleşmesinde aksine bir hüküm olmadığı sürece ortaklardan birinin iflası adi ortaklığı sona erdirmektedir¹¹.

⁷ Türk Borçlar Kanunu m. 532/2: "*Bu bölümdeki hükümler saklı kalmak üzere, komisyon sözleşmelerine vekâlet hükümleri uygulanır.*"

⁸ 6102 sayılı Türk Ticaret Kanunu m. 121/3: "*Müvekkilin veya acentenin iflası, ölümü veya kısıtlanması hâlinde, Türk Borçlar Kanunu'nun 513'üncü maddesi hükmü uygulanır.*"

⁹ 6361 sayılı Finansal Kiralama, Faktoring ve Finansman Şirketleri Kanunu m. 30/1: "*Sözleşmede aksi kararlaştırılmadıkça, sözleşme süresinin dolması, kiracının iflası, ölümü veya fiil ehliyetini kaybetmesi hâllerinde kendiliğinden sona erer.*"

¹⁰ Türk Borçlar Kanunu m. 609: "*Gelir borçlusu iflas ederse, gelir alacaklısı, gelir borçlusunun yükümlü olduğu dönemsel gelirin elde edilebilmesi için ilgili sosyal güvenlik kurumunca ödenmesi gereken anaparaya denk düşen bir parayı iflas masasına kaydettirme hakkını elde eder.*"

¹¹ Türk Borçlar Kanunu m. 639: "*Ortaklık, aşağıdaki durumlarda sona erer: 1. Ortaklık sözleşmesinde öngörülen amacın gerçekleşmesi veya gerçekleşmesinin imkânsız duruma gelmesiyle. 2. Sözleşmede ortaklığın mirasçılarla sürdürülmesi konusunda bir hüküm yoksa,*

2. İFLAS İLE SONA ERMEYEN SÖZLEŞMELER

Kanunda istisnai şekilde düzenlenen sözleşmeler dışında kural olarak taraflardan birinin iflası ile sözleşmenin kendiliğinden sona ermeyeceğini belirtmiştik. Dolayısıyla belirtilen istisnai sözleşmelerin dışındaki sözleşmeler, taraflardan birinin iflası ile kendiliğinden sona ermezler. Sözleşmeler, taraflardan birinin iflası ile sona erme de iflasın sözleşme üzerinde önemli bir etkisi söz konusudur¹². Çalışmamızda bu etki yalnızca satış sözleşmesi açısından incelenecektir.

A. İFLASIN SATIŞ SÖZLEŞMESİNE ETKİSİ

Satış sözleşmesine ilişkin kanuni düzenlemelerde, taraflardan birinin iflası sonucunda iflasın sözleşmeyi nasıl etkileyeceğine ilişkin özel bir hüküm bulunmamaktadır. Bu nedenle iflasın satış sözleşmesine etkisinin 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu'nda ve 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nda yer alan genel hükümlerden yararlanılarak incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamız kapsamında iflasın satış sözleşmesine etkisi ise öncelikle satıcının iflası, ardından da alıcının iflası açısından incelenecektir.

Satıcının iflasının sözleşmeye etkisi, karşılıklı edimlerin ifa edilip edilmemesine göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle satıcının iflasının sözleşmeye etkisi, edimlerin ifa edilip edilmeme ihtimalleri dikkate alınarak incelenmelidir. İlk olarak satıcı iflas ettiği anda, alıcı satış bedelini ödemesine rağmen satılan mal alıcıya teslim edilmemişse; alıcı iflas masasından yalnızca satılan malın bedelini iflas alacağı olarak isteyebilmektedir¹³. Ancak İİK m. 198/1 hükmü uyarınca iflas idaresi sözleşmeye girerse alıcıya malın aynen teslim edilmesi gerekmektedir¹⁴. İkinci olarak, satıcı iflas

ortaklardan birinin ölmesiyle. 3. Sözleşmede ortaklığın devam edeceğine ilişkin bir hüküm yoksa, bir ortağın kısıtlanması, iflası veya tasfiyedeki payının cebri icra yoluyla paraya çevrilmesiyle. 4. Bütün ortakların oybirliğiyle karar vermesiyle. 5. Ortaklık için kararlaştırılmış olan sürenin bitmesiyle. 6. Ortaklık sözleşmesinde feshi bildirme hakkı saklı tutulmuş veya ortaklık belirsiz bir süre için ya da ortaklardan birinin ömrü boyunca kurulmuşsa, bir ortağın fesih bildiriminde bulunmasıyla. 7. Haklı sebeplerin bulunması hâlinde, her zaman başkaca koşul aranmaksızın, fesih istemi üzerine mahkeme kararıyla.”

¹² Altay, *Cilt 2*, s. 1057; Kuru, s. 1250; Ulukapı, s. 436.

¹³ Altay, *Cilt 2*, s. 1077; Kuru, s. 1250; Muşul, s. 1345; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özeker, s.436;

¹⁴ 2004 sayılı İcra ve İflas Kanunu madde 198/1: “Mevzuu para olmıyan alacak ona muadil bir kıymette para alacağına çevrilir. Şu kadar ki iflas idaresi taahhüdün aynen ifasına deruhte edebilir. Bu takdirde alacaklı talep ederse iflas idaresi teminat gösterir.”

ettiği anda, alıcı satış bedelini ödememesine rağmen satılan mal alıcıya teslim edilmiş olabilir. Böyle bir durumda satış bedeli alacağı iflas masasının aktiflerine dâhil olmakta ve masanın vadesi geldiğinde söz konusu alacağı İİK m. 229/1 hükmü gereğince tahsil etmesi gerekmektedir¹⁵. Son olarak, alıcı da satıcı da karşılıklı edimlerini ifa etmemişlerse alıcı TBK m. 98 hükmü uyarınca satıcı teminat verinceye kadar satış bedelini iflas masasına ödemekten kaçınabilmekte ve teminat verilmediği takdirde sözleşmeyi feshedebilmektedir¹⁶. Teminat verilmemesi nedeniyle sözleşmenin feshedildiği durumlarda alıcının, satış bedelinin ödemiş olduğu kısmını sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca iflas alacağı olarak masaya yazdırması gerekmektedir¹⁷. Ayrıca teminat verilmemesine rağmen alıcı satış sözleşmesini feshetmeyebilir. Bu durumda alıcının, satış bedeli masaya ödemesi ve satılan malın iflas anındaki değerini de iflas alacağı olarak masaya yazdırması gerekmektedir¹⁸. İflas masasının, teminat göstererek sözleşmeye girdiği durumda ise satılan malın alıcıya aynen teslim edilmesi gerekmektedir¹⁹. İzah edilen bu hususların çoğunluğu taşınır satışları açısından geçerlidir²⁰. Zira taşınmaz satışları tapuda resmi senetle olmakta ve senet düzenlendikten sonra taşınmaz tapu memuru tarafından alıcı adına tescil edilmektedir. Dolayısıyla da sözleşmenin kurulması ile mülkiyetin devri arasındaki dönemde satıcının iflası söz konusu olmamaktadır²¹.

¹⁵ Altay, Cilt 2, s. 1077; Kuru, s. 1250; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, s. 436; İcra ve İflas Kanunu madde 229/1: “İflas idaresi, masanın vadesi gelmiş alacaklarını tahsil ve lüzumunda takip veya dava eder.”.

¹⁶ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 98: “Karşılıklı borç yükleyen bir sözleşmede, taraflardan birinin borcunu ifada güçsüzlüğe düşmesi ve özellikle iflas etmesi ya da hakkındaki haciz işleminin sonuçsuz kalması sebebiyle diğer tarafın hakkı tehlikeye düşerse bu taraf, karşı edimin ifası güvence altına alınıncaya kadar kendi ediminin ifasından kaçınabilir. / Hakkı tehlikeye düşen taraf, ayrıca uygun bir sürede istediği güvence verilmezse sözleşmeden dönebilir.”. Altay, Cilt 2, s. 1076; Berkin, Necmeddin M. İcra Hukuku Dersleri, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969, Kuru, 2016, s. 583; s. 222; Kuru, s. 1250; Muşul, s. 1344; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 436; Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s.576.

¹⁷ Kuru, s. 1250; Pekcanitez/ Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, 436; Atalı/ Ermenek/Erdoğan, s. 576.

¹⁸ Kuru, s. 1250; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/ Özekes, 436; Atalı/Ermenek/ Erdoğan, s. 576.

¹⁹Altay, Cilt 2, s. 1076; Berkin, s. 223; Kuru, s.1250; Muşul, s.1344; Tercan, s. 210; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 436;

²⁰ Altay, Cilt 2, s. 1077; Tercan, s. 211.

²¹ Altay, Cilt 2, s. 1077; Tercan, s. 211.

Satış sözleşmesinde alıcının iflas ettiği durumda da söz konusu iflasın sözleşmeye etkisinin edimlerin ifa edilip edilmeme ihtimalleri dikkate alınarak incelenmesi gerekmektedir. İlk olarak, alıcı iflas ettiği anda satış bedelini ödemiş olmasına rağmen satılan mal teslim edilmemişse; satıcının söz konusu malı iflas masasına aynen teslim etmesi gerekmektedir²². İkinci olarak, alıcının iflas ettiği anda satış bedeli ödenmemiş olmasına rağmen satılan mal alıcıya teslim edilmişse; satıcı yalnızca satış bedelini iflas masasına iflas alacağı olarak yazdırabilmektedir²³. Satıcının iflasında söz konusu olan teminat talep etme ve verilmediği takdirde sözleşmeyi feshetme hakkı burada söz konusu değildir. Zira İİK m. 199 hükmüne göre *“İflasın açılmasından evvel borçluya bir mal satıp teslim eden satıcı fesih ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile, akti feshedemez ve sattığını geri alamaz.”* Üçüncü olarak, iflasın açıldığı anda alıcı da satıcı da edimleri ifa etmemişlerse; satıcı TBK m. 98 uyarınca satış bedelinin masa alacağı olarak kendisine ödeneceği hususunda teminat verilinceye kadar satılan malı teslim etmekten kaçınabilir²⁴. İflas masasının uygun süre içerisinde söz konusu teminatı vermemesi halinde ise satıcı sözleşmeyi feshedebilir²⁵. Bu durumda ise alıcının iflastan önce ödemiş olduğu kısım iflas masası tarafından sebepsiz zenginleşme hükümleri uyarınca satıcıdan talep edilmelidir²⁶. Ayrıca iflas masasının sözleşmeyi masa yararına bularak sözleşmeye girdiği durumda satıcıya satış bedelini masa borcu olarak ödemesi gerekmektedir²⁷. Son olarak alıcının iflasının açıldığı anda, alıcı satış bedelini ödemiş olmasına rağmen satılan malın gönderilmiş; ancak müflis alıcının eline geçmemiş olması ihtimalinin incelenmesi gerekmektedir. Çalışmamızın temel konusu olan bu durum ise İcra ve İflas Kanunu’nda özel olarak

²² Tercan, s. 189; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 437;

²³ Muşul, s. 1345; Tercan, s. 188; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 437;

²⁴ Berkin, s. 222; Muşul, s. 1345; Tercan, s. 184; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, 437;

²⁵ Berkin, s. 222; Kuru, s. 1251; Muşul, s. 1345; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 437;

²⁶ Kuru, s. 1251,1252; Muşul, s. 1345; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, 437;

²⁷ Kuru, s. 1251; Muşul, s. 1345; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 437; Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/ Taşpınar Ayvaz, Sema/ Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020, s. 500.

düzenlenmekte ve şartların varlığı halinde satıcı tarafından satılan malın iflas masasına dahil olması engellenebilmektedir.

II. SATICININ GERİ ALMA HAKKI

A- GENEL OLARAK

İcra ve İflas Kanunu m.184/1 'e göre *“İflas açıldığı zamanda müflisin haczi kabil bütün malları hangi yerde bulunursa bulunsun bir masa teşkil eder ve alacakların ödenmesine tahsis olunur. İflasın kapanmasına kadar müflisin uhdesine geçen mallar masaya girer.”* Söz konusu düzenleme uyarınca iflas masasını iflas açıldığı anda müflise ait olan haczi kabil mallar oluşturmaktadır. Bu kapsamda müflise ait olmayan malların masada yer almaması gerekmektedir. Üçüncü kişilere ait olan mal, hak ve alacaklar ise iflas masasına girmez. Aksi takdirde yani üçüncü kişiye ait malın masaya girmesi halinde ise malın masadan çıkarılarak üçüncü kişiye teslim edilmesi gerekmektedir.²⁸

Kanun'da istihkak iddiası ve davasının yanı sıra bazı hallerde masadan mal çıkarılmasına ilişkin özel düzenlemelere yer verildiğini belirtmiştik. Bu düzenlemeler, Kanun'un “Yedinci Bap” ı olan “İflasın Hukuki Neticeleri” nin düzenlendiği bapın ilk ana başlığı olan “Borçlunun Malları Hakkında İflasın Neticeleri” başlığı kapsamında yer almaktadır. İşte masadan mal çıkarılmasına yönelik ilgili özel düzenlemelerden birisi de İİK m. 190'da yer alan “Satıcının geri alma hakkı” başlığı altında yer alan düzenlemedir.

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1'e göre *“Satıldığı ve gönderildiği halde iflasına hükmolünmazdan evvel müflisin eline geçmeyen mallar için masa tarafından bedeli verilmiş olmadıkça satıcı istirdat iddiasında bulunabilir”*. Bu hüküm uyarınca bir satış sözleşmesine dayanılarak müflise gönderilen ve iflas açılmadan önce müflisin eline geçmeyen mallar, bedelleri ödenmemişse satıcı tarafından masadan geri istenebilmektedir. Kanun m. 190/1'in lafzından da anlaşılacağı üzere satıcının geri alma hakkı, yalnızca taşınır malların satışında uygulama alanı bulabilen istisnai bir talep hakkıdır. Zira söz konusu hükmün uygulanabilmesi için satış sözleşmesinin konusunun gönderilmesi gereken bir mal olması gerekmekte ve bu durum ise ancak taşınır mallar için gerçekleşebilmektedir. Dolayısıyla

²⁸ Kuru, 2016, s. 498; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 498;

hükümün uygulama alanı yalnızca taşınır malların satışına ilişkin sözleşmelerdir.

Satılan mal, iflasın açılmasından önce müflisin eline geçmişse, satıcı ancak satış bedelini ve varsa sözleşmenin ifa edilmemesi nedeniyle uğramış olduğu zararlarını masaya iflas alacağı olarak yazdırabilmektedir²⁹. Bu başlık altında geri alma hakkının önce hukuki niteliği sonra da şartları üzerinde durulacaktır.

III. HUKUKİ NİTELİĞİ

Satıcının geri alma hakkı, İİK m. 190'da özel olarak düzenlenmiş bir çeşit takip hukukuna ilişkin talep hakkı niteliğindedir³⁰. Bu talep hakkının çoğunlukla istihkak iddiasına ilişkin özel olarak düzenlenmiş hallerden birisi olduğu kabul edilmektedir³¹. Satıcının geri alma hakkının hukuki niteliğinin istihkak iddiası kapsamında yer alan özel bir düzenleme olup olmadığının tespiti için söz konusu talebin şartları ile istihkak davasının şartlarının incelenmesi gerekir.

Hacizde olduğu gibi iflasta da bir malın müflise (masaya) mi üçüncü kişiye mi ait olduğuna ilişkin uyuşmazlık söz konusu olabilir. Müflise ait olup olmadığı çekişmeli olan bu mallar istihkak iddia edilen mallar olarak ifade edilmektedir. ³² İşte iflasta istihkak davasının konusunu da iflas açıldığı anda müflisin veya üçüncü kişinin elinde olan ancak istihkak iddia edilen mallar oluşturmaktadır.³³ Dolayısıyla iflasta istihkak davasına ilişkin bu husus düşünüldüğünde satıcının geri alma hakkı kapsamındaki talebin istihkak iddiasına ilişkin özel bir düzenleme olarak ifade edildiği düşünülebilir. Zira İİK m. 190 kapsamındaki talep, üçüncü kişiye ait olan malın masadan çıkarılmasına yönelik bir taleptir. Ancak iflasta istihkak iddiası ve davasına ilişkin hususlar ile satıcının geri alma hakkına ilişkin İİK m. 190'da belirtilen şartlar

²⁹ Berkin, s. 223,224; Kuru, s. 1216; Muşul, s. 1326.

³⁰ Görgün, L. Şanal. *İflasta İstihkak Davası*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Ankara, 1977, 62; Özbek, s. 1013; Tercan, s. 205; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 459.

³¹ Altay, s. 689; Kuru, s. 1214; Özbek, s. 997; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 459; Atalı,/Ermenek/Erdoğan, s. 555;

³² Kuru, 2016, s. 266, 618; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s.301

³³ Özbek, 1013; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, 422; Atalı/ Ermenek/Erdoğan, 593; Arslan/Yılmaz, Taşpınar Ayvaz/Hanağası, s. 527;

dikkate alındığında söz konusu talep hakkının istihkak iddiasından daha geniş bir talep hakkı olduğu anlaşılacaktır.

Satıcının geri alma hakkının hukuki niteliğinin tespiti için öncelikle iflasta istihkak iddiası ve davasına ilişkin hususların belirlenmesi gerekmektedir. Hacizden farklı olarak iflasta istihkak iddiasının konusu sadece mülkiyet hakkıdır. Bu nedenle üçüncü kişilerin mülkiyet dışındaki rehin hakkı, intifa hakkı gibi aynı haklara dayanarak istihkak iddiasında bulunmaları mümkün değildir.

Hacizde, istihkak iddiasında bulunulan malın borçlunun elinde bulunması ile üçüncü kişi elinde bulunması Kanun'da ayrı ayrı düzenlenmektedir. Ancak iflasta, yalnızca istihkak iddiasında bulunulan malın müflisin elinde bulunmasına ilişkin düzenleme bulunmaktadır. Kanun'da ayrıca düzenlenmesi de iflasta istihkak iddia edilen malın üçüncü kişinin elinde bulunması halinde de uyuşmazlık yine dava ile çözümlenmektedir. Malın masanın elinde olması halinde, üçüncü kişinin ilk olarak adi tasfiyenin ilanından itibaren bir ay içerisinde istihkak iddiasında bulunması gerekmektedir. Bu iddiaya ilişkin kararı ise İİK m. 228/1 uyarınca iflas idaresi vermektedir. İflas idaresinin istihkak iddiasını reddetmesi halinde ise üçüncü kişinin kendisi e verilen yedi günlük süre içerisinde istihkak davası açması gerekmektedir. Aksi takdirde istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır (İİK m. 228/2).³⁴ Malın, üçüncü kişinin elinde olması halinde ise İİK m. 228 uygulama alanı bulamayacağından iflas idaresi tarafından üçüncü kişiye karşı istihkak davası açması gerekmektedir. Bu dava normal bir istihkak davası olup herhangi bir süreye tabi değildir.

Görüldüğü üzere iflasta istihkak davası, iflas açıldığı anda müflisin (masanın) veya üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan ancak malik olmadığı mallar için söz konusu olmaktadır.³⁵ Hâlbuki satıcının

³⁴ İcra ve İflas Kanunu m. 228: "Üçüncü şahıslar tarafından istihkak iddiasında bulunulan eşyanın kendilerine verilip verilmeyeceğini iflas idaresi kararlaştırır. İflas idaresi; istihkak iddiasını reddederse, üçüncü şahsa icra mahkemesinde istihkak davası açması için yedi günlük bir mühlet tayin ve tebliğ eder. Bu mühleti geçiren üçüncü şahıs, masaya karşı istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır. İstihkak davasına, genel hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre bakılır. İcra mahkemesi, icabında istihkak davacısından masanın muhtemel zararına karşı teminat isteyebilir."

³⁵ Böyle bir malın masanın malvarlığına dâhil olması halinde iflas idaresi, söz konusu malı istihkak iddiaları ile deftere kaydeder. Üçüncü kişilerin istihkak iddialarının kabul veya reddine ilişkin kararı iflas idaresi verir. İflas idaresinin istihkak iddiasını reddetmesi halinde uygulanacak usul İİK m. 228'de düzenlenmektedir. Söz konusu hükme göre "Üçüncü şahıslar tarafından istihkak iddiasında bulunulan eşyanın kendilerine verilip verilmeyeceğini iflas

geri alma hakkı kapsamına dâhil olan mal, iflas açıldığı anda müflisin hukuki veya fiili tasarruf alanına geçmemiş bir maldır. Bir başka deyişle iflas açıldığında müflis veya temsilcisi satış sözleşmesine konu malı ele geçirmişse; satıcı İİK m. 190 kapsamındaki geri alma hakkını kullanamaz.³⁶

İkinci olarak iflasta istihkak davası, iflas açıldığı anda müflisin elinde bulunan fakat mülkiyeti müflise ait olmayan mallara ilişkin açılmaktadır.³⁷ Dolayısıyla mülkiyet hakkı dışında bir hakka dayanarak iflasta istihkak davasının açılması mümkün değildir. Satıcının İİK m. 190 uyarınca geri alma hakkını kullanabilmesi için ise satılan malın maliki olması dahi gerekmemektedir³⁸.

Üçüncü ve son olarak üçüncü kişiye, istihkak iddiasında bulunabilmesi ve dava açabilmesi için Kanun'da belirli süreler öngörülmüşken satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bu nedenlerle satıcının geri alma hakkı kapsamındaki talep, istihkak iddiasından daha geniş³⁹ ve ondan bağımsız bir takip hakkı olarak ifade edilebilir.

Kanaatimizce istihkak iddiasından daha geniş ve bağımsız bir hak olan bu talep hakkının, iflasın satış sözleşmesine etkisi kapsamında yöneltilebilen bir talep olarak nitelendirilmesi ise daha makul bir yaklaşımdır. Zira çalışmamızın birinci ana başlığında ifade ettiğimiz üzere; iflastan etkilenen sözleşmeler, müflisin iflasın açılmasından önce tarafı haline geldiği ancak iflasın açıldığı anda henüz tam olarak ifa edilmemiş olan sözleşmelerdir. Kanun m. 190 uyarınca satıcının geri alma hakkını kullanabileceği satış sözleşmeleri, iflas açıldığı sırada sözleşmeye konu malın müflisin

idaresi kararlaştırır. İflas idaresi; istihkak iddiasını reddederse, üçüncü şahsa icra mahkemesinde istihkak davası açması için yedi günlük bir mühlet tayin ve tebliğ eder. Bu mühleti geçiren üçüncü şahıs, masaya karşı istihkak iddiasından vazgeçmiş sayılır. İstihkak davasına, genel hükümler dairesinde ve basit yargılama usulüne göre bakılır. İcra mahkemesi, icabında istihkak davacısından masanın muhtemel zararına karşı teminat isteyebilir.”. Ancak söz konusu mal üçüncü kişinin elinde ise İİK m. 228 hükmü uygulanmaz. Zira burada mal üçüncü kişi elinde olduğundan mülkiyet karinesi de üçüncü kişi lehinedir. Böyle bir durumda ise iflas idaresinin üçüncü kişiye karşı dava açması gerekmektedir. Kuru, 2016, 619; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 458; Atalı/Ermenek/Erdoğan, 593;

³⁶ Özbek, 1014.

³⁷ Kuru, 2016, s. 618; Görgün, s. 22; Kuru, s. 1310, dpn. 2; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 461; Pekcanitez/Atalay/ Sungurtekin Özkan/Özekes, 459; Atalı/Ermenek/Erdoğan, 593; Arslan/Yılmaz/Taşpınar Ayvaz/ Hanağası, s. 527

³⁸ Görgün, s. 22.

³⁹ Özbek, 1013

eline ulaşmadığı sözleşmeler olduğundan henüz tam olarak ifa edilmemiş sözleşmeler kapsamında yer almaktadır. Dolayısıyla satıcının geri alma hakkı, iflasın satış sözleşmesine etkisi kapsamında yöneltilebilen özel bir talep hakkı olarak değerlendirilmelidir.

Ayrıca iflasta satıcının geri alma hakkı, çalışmamızın ilerleyen bölümlerinde daha detaylı inceleyeceği üzere belirli şartlar altında satıcıya tanınan bir haktır. Ancak bu hakkın satıcı tarafından kullanılması kesin olarak satılanın satıcı tarafından geri alınması sonucunu meydana getirmemektedir. İflas idaresinin sözleşmeye katılarak satış bedelini ödemesi halinde satıcının malı geri alma hakkı doğmayacaktır. Bu kapsamda satıcının geri alma hakkından değil; satıcının geri almayı talep etme hakkından bahsetmek daha doğru olacaktır. Ancak Kanun'da ve doktrinde söz konusu talep hakkı satıcının geri alma hakkı olarak ifade edildiğinden çalışmamız boyunca da satıcının geri alma hakkı olarak ifade edilecektir.

IV. ŞARTLARI

İcra ve İflas Kanunu m. 190'da düzenlenen satıcının geri alma hakkının kullanılabilmesi için birtakım şartların gerçekleşmesi gerekmektedir. İlgili kanuni düzenlemeye göre *"Satıldığı ve gönderildiği halde iflasına hükmolunmazdan evvel müflisin eline geçmeyen mallar için masa tarafından bedeli verilmiş olmadıkça satıcı istirdat iddiasında bulunabilir. Bu mallar iflasın ilanından evvel taşıma senedi, konişmento, makbuz senedi, varant gibi emtiayı temsil eden bir senetle iyi niyet sahibi üçüncü bir şahsa satılmış veya rehnedilmiş olurlarsa artık geri alınamazlar."* Bu düzenlemede belirtilen şartlar, hakkın kullanılabilmesi için bir arada bulunması gereken; bir başka deyişle kümülatif şartlardır. Dolayısıyla söz konusu şartların birinin eksikliği halinde satıcı geri alma hakkının kullanamamaktadır. Bu başlık altında adı geçen şartlar hakkında açıklamalarda bulunulacaktır.

1. SATIŞ SÖZLEŞMESİ, İFLAS KARARINDAN ÖNCE YAPILMIŞ OLMALIDIR

Satıcının, satılan malın masaya dâhil olmasını engellemesi için öncelikle söz konusu satış sözleşmesinin iflas kararından önce

yapılmış olması gerekmektedir⁴⁰. İcra ve İflas Kanunu m. 191/1 hükmü uyarınca müflisin iflasın açıldıktan sonra masaya dâhil malvarlığı üzerinde gerçekleştirdiği tasarruflar alacaklılara karşı hükümsüzdür. Dolayısıyla bu aşamada geçerli olarak yapılan satım sözleşmesine dayanarak satıcıya ödemede bulunulamaz⁴¹. Bu nedenle de satıcının malın masaya dâhil edilmemesine yönelik talebi ancak iflasın açılmasından önce geçerli bir şekilde kurulan sözleşmeler için mümkündür. Nitekim İİK m. 190/1 hükmünde yer alan “satıldığı ve gönderildiği halde iflasına hükmolunmazdan evvel müflisin eline geçmeyen mallar” ifadesinden de hükmün uygulama alanı bulabilmesi için taraflar arasındaki satış sözleşmesinin iflasın açılmasından önce yapılması gerektiği anlaşılmaktadır.

Doktrinde İİK m. 190/1 hükmünün uygulanabilmesi için satış sözleşmesinin yüz yüze yapılmamış, satıcı ve alıcının aynı yerde bulunmamış olması gerektiği ifade edilmektedir⁴². Ancak bu yaklaşım hükmün lafzı ve amacı düşünüldüğünde kanaatimizce doğru değildir. Zira İİK m. 190/1 hükmünde, satıcının satılan malın masaya dâhil olmasını engelleyebilmesi için satış sözleşmesinin yapılışına ilişkin herhangi bir şart öngörülmemektedir. Kanuni düzenleme, söz konusu hakkın kullanılabilmesi için yalnızca satılan malın gönderilmesi gereken bir mal olması gerektiğini ifade etmektedir. Yüz yüze yapılan satış sözleşmelerinin konusunun da gönderilmesi gereken bir mal olması mümkün olduğundan, bu şekilde yapılan satışlarda da İİK m. 190/1 hükmü uygulama alanı bulabilir. Bu nedenle kanaatimizce satış sözleşmesinin yüz yüze yapılması İİK m. 190/1 hükmünün uygulanması engel olmamalıdır. Ancak sözleşmenin kurulması ile bundan doğan edimin ifasının aynı anda gerçekleştiği sözleşmeler olan elden satış sözleşmelerinde⁴³ İİK m. 190/1 hükmü uygulanamaz. Zira elden satış sözleşmelerinde sözleşmenin kurulması ile edimin ifası aynı anda gerçekleştiğinden, böyle sözleşmelere ilişkin gönderilmesi gereken bir mal mevcut değildir. Bu nedenle elden satış

⁴⁰ Berkin, s. 225; Kuru, s. 1216; Muşul, s. 1326; Özbek, s. 1013; Taş Korkmaz, Hülya. *İflas Masası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010, s. 75; Tercan, s. 206; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özekes, 423;

⁴¹ İcra ve İflas Kanunu madde 191/1: “Borçlunun iflas açıldıktan sonra masaya ait mallar üzerinde her türlü tasarrufu alacaklılara karşı hükümsüzdür.”.

⁴² Berkin, s. 225; Özbek, s. 1014; Taş Korkmaz, s. 76; Tercan, s. 206; Ulukapı, s. 422.

⁴³ Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017, s. 239.

sözleşmelerinde İİK m. 190 hükmünün uygulama alanı bulması mümkün görülmemektedir.

2. SATILAN MAL, GÖNDERİLMESİ GEREKEN BİR TAŞINIR MAL OLMALIDIR

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1 hükmünün uygulanabilmesi için satılan malın gönderilmesi gereken bir mal olması gerekmektedir⁴⁴. Ancak gönderilmesi gereken mesafe herhangi bir önem arz etmemektedir⁴⁵. Gönderilmesi gereken yer aynı ilçede, ilde veya ülkede olabileceği gibi başka ilçede, ilde veya ülkede olabilir⁴⁶. Önemli olan satış sözleşmesinin konusunun gönderilmesi gereken bir mal olmasıdır. Bu nedenle İİK m. 190/1 hükmü yalnızca taşınır satışlarında uygulanabilmektedir⁴⁷.

Kanun'da gönderme işlemine yönelik herhangi bir detay söz konusu olmadığı gibi bunun tespitine yönelik de herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. Burada aklımıza özellikle malın gönderilmesi ve teslim edilmesine ilişkin uluslararası ticari kayıtlar olan CIF⁴⁸ ve FOB⁴⁹ kayıtlar gelmektedir. Söz konusu kayıtlar hasar ve masraflara ilişkin kayıtlar olarak karşımıza çıksa da teslim yükümlülüğü ve bu kapsamda sözleşmenin ifasına yönelik kayıtlar olarak da düşünülebilir. Bu nedenle satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için ilgili kayıtlara da dikkat edilmesi gerekebilir.

3. SATILAN MAL, MÜFLİSİN ELİNE GEÇMEMİŞ OLMALIDIR

Satılan malın masaya dâhil olmasının engellenebilmesi için söz konusu malın iflas açılmadan önce gönderilmiş ancak müflisin eline geçmemiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla satılan mal, iflas

⁴⁴ Görgün, s. 60; Özbek, s. 1014; Tercan, s. 206.

⁴⁵ Özbek, s. 1014; Tercan, s. 206, dn. 114.

⁴⁶ Özbek, s. 1014.

⁴⁷ Muşul, s. 1326; Taş Korkmaz, s. 76; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 404; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/ Özkes, 423;

⁴⁸ CIF: Satıcı teslim yükümlülüğünü, malın taşınması için gerekli navlun bedeli ve masraflarını karşılamanın yanında emtia nakliyat sigorta sözleşmesi yapıp primini ödeyerek malı belirlenen varış limanına gemiyle göndermekle yerine getirmektedir. <https://www.lbfpartners.com/tr/yayin/cif-ve-fob-kayitlari.html> (Erişim tarihi: 13.05.2022)

⁴⁹ FOB: Bu teslim şeklinde satıcı teslim yükümlülüğünü, malı belirlenen yükleme limanında gemi bordasında teslim etmekle yerine getirmektedir. <https://www.lbfpartners.com/tr/yayin/cif-ve-fob-kayitlari.html> (Erişim tarihi: 13.05.2022)

açıldığında müflisin elinde ise satıcı İİK m. 190/1' de yer alan hakkı kullanamaz. Bu husus İİK m. 199' da "*İflasın açılmasından evvel borçluya bir mal satıp teslim eden satıcı fesih ve geri almak hakkını açıkça muhafaza etmiş olsa bile, akti feshedemez ve sattığını geri alamaz*" şeklinde açıkça ifade edilmektedir. Böyle bir durumda satıcının malın bedelini masaya iflas alacağı olarak kaydettirip, garameye iştirak etmesi gerekmektedir.⁵⁰

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1'de "malın müflisin eline geçmemiş olması" gerektiği ifade edilmektedir. Kanuni düzenlemede yer alan ele geçme ifadesi ile ne anlaşılması gerektiği satıcının satılan masadan çıkarma hakkının kullanım alanı açısından önem arz etmektedir. Doktrinde "ele geçme" ifadesinin zilyetlik anlamında kullanıldığı kabul edilmektedir⁵¹. Yargıtay da 1937 tarihli bir kararında malın gümrük antreposuna tevdiini alıcıya teslim hükmünde görmemiş ve satıcının malın geri alma hakkını kullanabileceğini belirtmiştir⁵².

Medeni usul hukuku ve icra hukuku kişilerin maddi hukuk tarafından tanınan haklarını elde etmelerini sağlayan hukuk dalıdır. Bu açıdan kişilerin maddi hukuk tarafından tanınan haklarının korunmasında müesseselerin ve müesseselerin düzenlenmesinde kullanılan kelimelerin kavram olarak maddi hukuk, usul hukuku ve icra hukuku açısından aynı nitelikte ve içerikte olması gerekir. Aksi durum hukuk kurallarının uygulanmasında yorum farklılığı nedeniyle, farklı uygulamalara neden olur. Bütün bu hususlar ile kanuni düzenlemenin amacı ve kapsamı düşünüldüğünde de ele geçme ifadesinin zilyetlik olarak anlaşılması isabetli bir yaklaşımdır. Zira, iflasın sözleşmelere etkisi bakımından İİK m. 190/1'in uygulama alanı bulabilmesi için satıcının satış sözleşmesindeki edimini yerine getirmemiş olması gerekmektedir. Türk Borçlar Kanunu m. 207/1'e göre satıcının asli borçları satılanın zilyetliğini devir ve mülkiyeti geçirme borcudur⁵³. Kanuni düzenlemenin şartları dikkate alındığında İİK

⁵⁰ Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, 424;

⁵¹ Altay, s. 688; Berkin, s. 226; Özbek, s. 1015; Postacıoğlu, İlhan E. *İflas Hukuku İlkeleri Cilt:1*, Sulhi Garan Matbaası Koll. ŞTİ., İstanbul, 1978, s. 132; Taş Korkmaz, s. 78; Tercan, s. 207.

⁵² Postacıoğlu, s.132.

⁵³ 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu madde 207/1: "*Satış sözleşmesi, satıcının, satılanın zilyetlik ve mülkiyetini alıcıya devretme, alıcının ise buna karşılık bir bedel ödeme borcunu üstlendiği sözleşmedir.*".

m. 190/1 kapsamında yalnızca taşınır malların yer aldığını belirtmiştik. Taşınırlarda mülkiyetin devri, kural olarak TMK m. 763/1 uyarınca zilyetliğin devri ile gerçekleşmektedir⁵⁴. Bu nedenle ele geçme ifadesinin zilyetliğin devri olarak anlaşılması ve müflisin zilyet olmadığı hallerde İİK m. 190/1 uygulama alanı bulduğunun kabul edilmesi gerekmektedir.

Türk Medeni Kanunu m. 973'e göre "*Bir şey üzerinde fiilî hâkimiyeti bulunan kimse onun zilyedir.*". Bir eşya üzerindeki fiili hâkimiyetin zilyetlik olarak nitelendirilebilmesi için ise fiili hâkimiyet ve zilyet olma iradesi olmak üzere iki unsurun varlığı aranmaktadır⁵⁵. Bu nedenle zilyetlik kavramı hacizde ve istihkak davalarında kullanılan "elde bulundurma" ifadesinden daha dar bir anlamdadır⁵⁶. Doktrinde yer alan bir görüşe göre, hacizde ve istihkak davalarında kullanılan "elde bulundurma" olgusunun gerçekleştiğinin kabulü için zilyet olma iradesi aranmamaktadır⁵⁷. Bu görüşe göre, hacizde ve istihkak davalarında elde bulundurma olgusu yalnızca fiili hâkimiyete bağlı olarak belirlenmektedir⁵⁸. Ancak kanaatimizce İcra ve İflas Kanunu m. 190/1'de kullanılan müflisin eline geçmemiş olma ifadesi eşya hukuku kapsamında yer alan zilyetlik ile aynı anlamda olduğundan⁵⁹, malın müflisin eline geçmesi olgusunun tespitinde fiili hâkimiyetin yanında asli zilyet olma iradesinin de değerlendirilmesi gerekmektedir. Bir başka deyişle müflisin fiili hâkimiyeti olmasına rağmen asli zilyet olma iradesinin bulunmadığı hallerde, mal müflisin elinde sayılmamalı ve satıcı İİK m. 190/1 kapsamında yer alan hakkı kullanabilmelidir.

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1'de yer alan "ele geçme" ifadesinin zilyetlik olarak anlaşılması gerektiğinden, zilyetliğin ne zaman ve nasıl devredilmiş olacağı hususları söz konusu madde hükmünün uygulanması açısından önem arz etmektedir. Zilyetliğin devri teslimle gerçekleşebileceği gibi teslimsiz de

⁵⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 763/1: "*Taşınır mülkiyetinin nakli için zilyetliğin devri gerekir.*".

⁵⁵ Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I Zilyetlik Ve Tapu Sicili*, 12. Baskı, Mimoza Yayınları, s. 47; Oğuzman, M. Kemal/ Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016, s. 49.

⁵⁶ Özbek, s. 1015.

⁵⁷ Özbek, s. 1015.

⁵⁸ Özbek, s. 1015.

⁵⁹ Aynı yönde bkz: Ayan, s. 48; Kuru, s. 1216; Tercan, s. 207.

gerçekleşebilmektedir⁶⁰. Zilyetliğin teslimle devri, hazır olanlar arasında olabileceği gibi hazır olmayanlar arasında da olabilmektedir⁶¹. Hazır olanlar arasında zilyetliğin maddi teslim, araçların teslimi veya fiili hâkimiyeti sağladığı varsayılan anlaşma yolu ile devredildiği hallerde, İİK m. 190/1 açısından müflisin eline mal geçmiş olacağından, satıcı söz konusu malın masadan çıkarılmasını talep edemeyecektir. Zira zilyetliğin devri ile satılan mal müflisin malvarlığına dolayısıyla da masaya dâhil olmaktadır.

Zilyetliğin hazır olmayanlar arasında devrinde ise temsilciye yapılan teslim, TMK m. 978 uyarınca temsil edilene yapılmış gibi sonuç doğurmaktadır⁶². Ancak söz konusu teslimin temsil edilene yapılmış sayılabilmesi için temsil eden ile temsilci arasındaki temsil ilişkisinin türü önem arz etmektedir. Temsil, doğurduğu sonuçlara göre doğrudan ve dolaylı temsil olarak ikiye ayrılabilir⁶³. Doğrudan doğruya temsil, temsil kurumunun en olağan şekli olup bir kişinin sahip olduğu temsil yetkisine dayanarak, başka bir kişi ad ve hesabına hareket etmesini ifade etmektedir⁶⁴. Doğrudan doğruya temsilde ikinci bir işleme gerek olmaksızın temsilcinin yapmış olduğu işlemin hüküm ve sonuçları temsil olunan kişinin hukuk alanında sonuç doğurmaktadır⁶⁵. Bu nedenle doğrudan doğruya temsil ilişkinin var olduğu durumlarda ikinci bir işleme gerek kalmaksızın temsilciye yapılan teslim temsil edilenin hukuki alanında doğrudan sonuç doğurmakta ve zilyetlik devredilmiş olmaktadır. Doğrudan doğruya temsil ilişkisinde temsilciye yapılan teslim, zilyetliğin temsil olunana devri olarak

⁶⁰ Ayan, s. 73; Berkin, s. 226; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 66; Serozan, Rona. *Eşya Hukuku I*, 3.Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2014, s. 118,19.

⁶¹ Ayan, s. 73.

⁶² 4271 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 978: "*Temsilciye yapılan teslim, temsil edilene yapılmış gibi zilyetliği geçirir.*"

⁶³ Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015, s. 210; İnan, Ali Naim/ Yücel, Özge. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014, s. 340; Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016, s. 245; Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017, s. 156

⁶⁴ Ayan, 2015, s. 211; Eren, s. 447; İnan/Yücel, s. 341; Kılıçoğlu, s. 245; Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler, Cilt 1*, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016, s. 213; Yıldırım, s. 156.

⁶⁵ Ayan, 2015, s. 211; Eren, s. 447; İnan/Yücel, s. 342; Kılıçoğlu, s. 245; Oğuzman/Öz, s. 213; Yıldırım, s. 156.

nitelendirilebileceğinden mal müflisin eline geçmiş olacak ve İİK m. 190 hükmü uygulama alanı bulamayacaktır.

Dolaylı temsil ise, hukuki işlemin temsilci adına ancak temsil olunan hesabına yapılmasını ifade etmektedir⁶⁶. Dolaylı temsilde doğrudan doğruya temsilden farklı olarak gerçekleştirilen hukuki işlem önce temsilcinin hukuki alanında doğmaktadır⁶⁷. Söz konusu işlemin temsil olunanın hukuki alanında sonuç doğurabilmesi için yapılan işlemde doğan hak ve borçların ikinci bir işlemle temsil olunana devredilmesi gerekmektedir⁶⁸. Dolayısıyla dolaylı temsil ilişkisinin var olduğu durumlarda temsilciye yapılan teslim ile zilyetlik temsil olunana devredilmemektedir. Zilyetliğin temsil olunana devri için temsilcinin zilyetliği temsil olunana devretmesi gerekmektedir. Bu nedenle de dolaylı temsilde temsilciye yapılan teslim ile mal müflisin eline geçmiş olmayacak ve İİK m. 190 hükmü uygulama alanı bulabilecektir. Yine gönderilmesi gereken satılan, müflisin temsilcisi aracılığıyla gönderilmiyorsa TMK m. 978' e göre zilyetlik devredilmemiş olacağından mal müflisin eline geçmemiş olacak ve İİK m. 190/1 hükmü uygulama alanı bulabilecektir⁶⁹.

Zilyetliğin teslimsiz devredildiği hallerde de İİK m. 190/1 anlamında mal müflisin eline geçmiş sayılacağından satıcı malın masadan çıkarılmasını talep edemeyecektir⁷⁰. Ancak teslimsiz devir hallerinden olan eşyayı temsil eden senetlerin devri ile zilyetliğin devri İİK m. 190/2'de özel olarak düzenlenmiştir. Bu nedenle çalışmamızda eşyayı temsil eden senetlerin devri ile zilyetliğin devri hususu aşağıda ayrı bir başlıkta incelenecektir.

Taşınırlarda mülkiyetin devrinin kural olarak zilyetliğin devri ile söz konusu olduğunu ifade etmiştik. Ancak istisnai bazı hallerde

⁶⁶ Ayan, 2015, s. 210; Eren, s. 449; İnan/Yücel, s. 340; Kılıçoğlu, s. 245; Oğuzman/Öz, s. 213; Yıldırım, s. 156.

⁶⁷ Ayan, 2015, s. 210; Eren, s. 449; İnan/Yücel, s. 340; Kılıçoğlu, s. 245; Oğuzman/Öz, s. 212; Yıldırım, s. 156.

⁶⁸ Ayan, 2015, s. 211; Eren, s. 449; İnan/Yücel, s. 341; Kılıçoğlu, s. 245; Oğuzman/Öz, s. 213; Yıldırım, s. 156.

⁶⁹ Berkin, s. 225.

⁷⁰ Zilyetliğin teslimsiz devredildiği hallerde eşya doğrudan veya dolaylı olarak teslim edilmemesine rağmen söz konusu eşyanın zilyetliği karşı tarafa geçmektedir. Zilyetliğin teslimsiz devredildiği haller esas itibarıyla kısa elden teslim, hükmen teslim, zilyetliğin havalesi ve eşyayı temsil eden senetlerin devri olmak üzere dört tanedir. Doktrinde zilyetliğin miras yolu ile kazanılması halinin de bu kapsamda yer aldığı ifade edilmektedir. Ayan, s. 78; ; Oğuzman/Seliçi/Oktay Özdemir, s. 69,70; Serozan, s. 119-127.

zilyetlik devredilmeden de mülkiyetin kazanılması mümkün olabilmektedir. Açık artırma⁷¹, cebri satış⁷², kısa elden teslim, külli halefiyet, vakfedilen mallara ilişkin tüzel kişiliğin kazanılması hallerinde mülkiyet zilyetliğin devredilmesine gerek kalmadan kazanılmaktadır. Bu nedenle söz konusu durumların varlığı halinde mal müflisin malvarlığına dâhil olacağından masadan çıkarılması mümkün olmayacaktır.

4. SATILAN MAL, İFLAS İLANINDAN ÖNCE EŞYAYI TEMSİL EDEN BİR SENETLE İYİNİYETLİ ÜÇÜNCÜ KİŞİYE TESLİM EDİLMEMİŞ OLMALIDIR

İcra ve İflas Kanunu m. 190/2' ye göre satılan malın masaya dahil olmaması için, söz konusu malın iflasın ilanından evvel taşıma senedi, konişmento, makbuz senedi, varant gibi emtiayı temsil eden bir senetle iyi niyet sahibi üçüncü bir şahsa satılmamış veya rehnedilmemiş olması gerekmektedir. Kanuni düzenleme satılan malın masaya dahil olmaması için malı temsil eden senetlerin müflisin eline geçmesini değil bu senetlere dayanarak malın iyi niyetli üçüncü bir kişiye devredilmesini veya rehnedilmesini aramaktadır. Dolayısıyla İİK m. 190'de istisnai bir düzenlemenin içerisinde başka bir istisnai düzenlemeye yer verildiği görülmektedir.

İlgili düzenleme uyarınca malı temsil eden senetlerin müflisin eline geçmiş olması İİK m. 190/1 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmemektedir⁷³. Bir başka deyişle malı temsil eden senetlerin müflisin elinde olması İİK m. 190/1 anlamında malın müflisin eline geçmiş olması anlamına gelmemektedir. Hâlbuki TMK m. 980/1'e

⁷¹ TBK m. 279'a göre "Artırmada taşınır bir mal alan kişi, onun mülkiyetini ihale anında kazanır." Dolayısıyla artırmadan taşınır mal satın alınması halinde söz konusu malın mülkiyeti, zilyetliği devredilmemiş olsa dahi ihale anında müflise geçecektir. Bu nedenle de mal müflisin malvarlığı kapsamına dâhil olacak, satıcı geri almayı talep hakkını kullanamayacaktır.

⁷² TBK m. 279/4 cebri artırma sonucunda yapılan ihalelerde mülkiyetin geçmesine ilişkin özel hükümleri saklı tuttuğundan ilgili artırmalara ilişkin İcra ve İflas Kanunu hükümlerinin dikkate alınması gerekmektedir. Satılan mal, İİK m. 118/2'de yer alan düzenleme nedeniyle ihale kesinleşmeden teslim edilemese de söz konusu malın mülkiyeti İİK m. 115/2 nedeniyle ihale alıcıya geçmektedir. Zira İİK m. 115/2 uyarınca "Artırmanın sona erdiği gün ve saatte şartların bulunması hâlinde, mal en yüksek teklif verene ihale edilmiş olur ve malın mülkiyeti ihale alıcısına geçer." Böyle bir durumda da malın zilyetliği devredilmese de mülkiyeti müflise geçmiş olacağından İİK m. 190 uygulama alanı bulamaz.

⁷³ Görgün, s. 62,63; Postacıoğlu, s.132; Özbek, s. 1017; Taş Korkmaz, s. 81; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan/Özkes, 423;

göre malı temsil eden belgenin teslim edilmiş olması malın teslimi gibi sonuç doğurmaktadır⁷⁴. Bu kapsamda İcra ve İflas Kanunu malı temsil eden senetlerin teslimine yönelik kendine özgü bir düzenleme getirmekte ve söz konusu senetlerin müflisin elinde olmasını İİK m. 190/1 açısından malın müflisin eline geçtiği anlamına gelmediğini kabul etmektedir⁷⁵. Dolayısıyla İİK m. 190/2'de yer alan düzenleme, menkul malı temsil eden senetler üzerinde Kanun'da belirtilen işlem yapılmış olması halinde işlem yapılan üçüncü kişiyi korumaya yönelik bir düzenleme olarak karşımıza çıkmaktadır. Ancak söz konusu senetler üzerinde Kanun'da belirtilen işlemlerden biri yapılmadığı takdirde ise iflasın asıl amacı olan müflisin alacaklılarının korunmasından ziyade tek bir satıcıyı korumaktadır. Bu husus ise maddi hukuk kurallarındaki genel esasa uygun düşmediği gibi iflasın amacına da uygun düşmemektedir. Zira iflasın amacı alacaklıların eşit bir şekilde tatmin edilmesi iken İİK m. 190/2 yalnızca tek bir alacaklıyı korumaktadır.

Malı temsil eden senetlere dayanılarak iyi niyetli üçüncü kişinin mülkiyet veya rehin hakkı kazandığı durumlarda satıcının satılan malın masaya dâhil olmasını engelleyemeyeceğini ifade etmiştik. Burada hapis hakkının İİK m. 23 uyarınca taşınır rehni kapsamında yer almasından hareketle üçüncü kişilerin malı temsil eden senetler üzerindeki hapis hakkının satıcının geri alma hakkını kullanmasına engel teşkil edeceği düşünülebilir⁷⁶. Doktrinde hapis hakkının rehin hakkından farklı olarak genellikle tesadüfi bir ilişki sonucunda doğduğu ifade edilerek İİK m. 190/1 hükmünün uygulanmasına engel teşkil etmeyeceği belirtilmektedir⁷⁷. Ancak hapis hakkının malın nakliye ücretini karşılamaya yönelik kurulduğu hallerde nakliyecinin hapis hakkının rehin hakkı gibi İİK m. 190/1 hükmünün uygulanmasına engel teşkil edeceği de ifade edilmektedir⁷⁸.

⁷⁴ 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu madde 980/1: *"Bir taşıyıcıya veya umumî mağazaya bırakılmış emtiayı temsil eden kıymetli evrakin teslimi, emtianın teslimi gibi sonuç doğurur."*

⁷⁵ Berkin, s. 229; Özbek, s. 1017; Taş Korkmaz, s. 81.

⁷⁶ Özbek, s. 1017.

⁷⁷ Özbek, s. 1017; Postacıoğlu, s. 133.

⁷⁸ Özbek, s. 1017.

5. SATIŞ BEDELİ, TAMAMEN ÖDENMEMİŞ OLMALIDIR

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1'in uygulama alanı bulabilmesi için satış bedelinin iflasının açılmasından önce tamamen ödenmemiş olması gerekmektedir. Aksi takdirde yani iflasın açılmasından önce satış bedelinin tamamının ödendiği hallerde satıcı satılanı masaya teslim etmekle yükümlüdür.

Satıcının İİK m. 190/1'de yer alan hakkını kullanabilmesi için satış bedelinin iflasın açılmasından önce tamamen ödenmemiş olması gerektiği düzenlemede yer alan "bedeli verilmiş olmadıkça" ifadesinden anlaşılmaktadır. Müflisin satış bedelini ödemediği temerrüde düşmüş olması veya kısmi ifada bulunmuş olması satıcının geri alma hakkını kullanmasına engel teşkil etmemelidir⁷⁹. Satış bedelinin kısmen ödenmiş olması halinde de satıcı İİK m. 190/1 uyarınca geri alma hakkını kullanabilmelidir⁸⁰. Ancak böyle bir durumda satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için yapılan kısmi ödemeyi masaya iade etmesi gerekmektedir⁸¹. Doktrinde müflisin malın bedelinin büyük kısmını ödemiş ancak son taksitini ödenmemiş olması halinde dahi satıcının geri alma hakkını kullanabileceği ifade edilmektedir⁸². Ancak hakların kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde temel sınır olan TMK m. 2 satıcının geri alma hakkında da söz konusu olmalıdır⁸³. Bu kapsamda satış bedelinin ödenmeyen kısmı ödenen kısma nazaran çok az ise kanaatimizce satıcı İİK m. 190/1'in uygulanmasını talep edememelidir. Yine müflisin iflasın açılmasından önce alıcının satış bedeli ödemeye yönelik tüm çabalarına rağmen satıcı ödemeyi kabule yanaşmamışsa iflasın açılmasından geri alma hakkını kullanması kanaatimizce TMK m. 2 uyarınca dürüstlük kuralına aykırılık teşkil etmektedir.

⁷⁹ Özbek, s. 1018; Tercan, s. 207.

⁸⁰ Berkin, s. 227; Özbek, s. 1018; Ulukapı, s. 422; Yıldırım/Deren-Yıldırım, s. 404.

⁸¹ Berkin, s. 227; Ulukapı, s. 422.

⁸² Kuru, s. 1216.

⁸³ Türk Medeni Kanunu madde 2: "*Herkes, haklarını kullanırken ve borçlarını yerine getirirken dürüstlük kurallarına uymak zorundadır. /Bir hakkın açıkça kötüye kullanılmasını hukuk düzeni korumaz.*"

6. İFLAS İDARESİ SÖZLEŞMEYE DÂHİL OLMA KARARI VERMEMİŞ OLMALI

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1 hükmünün uygulanabilmesi için iflas idaresinin sözleşmeye dâhil olma kararı vermemiş; bir başka deyişle aynen ifanın reddine karar vermiş olması gerekmektedir. Bu husus İİK m. 190/1'de “masa tarafından bedeli verilmiş olmadıkça” ifadesinden açıkça anlaşılmaktadır. İflasın sözleşmelere etkisi kapsamında iflas masasının sözleşmeyi masa yararına bularak sözleşmeye dâhil olabileceğini belirtmiştik. İşte masa sözleşmeyi masanın yararına bularak sözleşmeye girmiş ve ödenmemiş olan satılanın bedelini aynen satıcıya ödemişse satıcı İİK m. 190/1 uyarınca geri alma hakkını kullanamamaktadır. Böyle bir durumda satıcının karşısında artık alıcı müflis değil iflas masası bulunmaktadır ve satış bedeli masa alacağı haline gelmektedir⁸⁴.

İflas idaresi aynen ifanın reddine karar verdiğinde satıcı iki farklı şekilde hareket edebilmektedir. Satıcı ilk olarak İİK m. 190 hükmüne göre malı masadan geri isteyebilmektedir. İkinci olarak da satıcı malı masadan geri istemeyip ödenmemiş olan satış bedelini iflas alacağı olarak masaya yazdırabilmektedir⁸⁵.

7. SATICI ALDIĞI BEDELİ İADE ETMİŞ OLMALIDIR

İflas masasının aynen ifayı reddetmesi üzerine satıcı İİK m. 190/1 uyarınca geri alma hakkının kullanabilmektedir. Ancak bu halde satıcının kendisine yapılan kısmi ifaları masaya iade etmiş olması gerekmektedir⁸⁶. Ayrıca satıcı sözleşmenin ifa edilmemiş olması nedeniyle zarara uğramışsa bu zararı bedel iade ederek mahsup edebileceği, artan zararını da masaya iflas alacağı olarak yazdırabileceği ifade edilmektedir⁸⁷.

SONUÇ

İflas, müflisin ve alacaklılarının hukuki durumlarında maddi hukuk bakımından değişiklikler yaratır. Bu değişikliklerden bir kısmı da müflisin taraf olduğu sözleşmeler açısından söz konusu olmaktadır.

⁸⁴ Altay, s. 689; Kuru, s. 1216; Muşul, s. 1326; Özbek, s. 1018; Tercan, s. 208; Ulukapı, s. 423; Pekcanitez/Atalay/Sungurtekin Özkan /Özeker, 423;

⁸⁵ Tercan, s. 208.

⁸⁶ Tercan, s. 208; Ulukapı, s. 422.

⁸⁷ Özbek, s. 1018; Tercan, s. 208.

İflasın, müflisin taraf olduğu sözleşmelere etkisi sözleşme türlerine göre farklılık gösterebilmektedir.

Kanuni düzenlemelerle getirilen istisnai sözleşmeler dışında kural olarak iflasın açılması ile iki tarafa borç yükleyen sözleşmeler sona ermemektedir. İki tarafa borç yükleyen sözleşmelerden olan satış sözleşmesinde, alıcının iflas ettiği durumda şartların varlığı halinde satıcı geri alma hakkına sahiptir. Çalışma konumuz olan ve Kanun'da istisnai bir düzenleme olarak karışımıza çıkan bu hakkın öncelikle hukuki niteliğinin tespit edilmesi gerekmektedir. Söz konusu hakkın, çoğunlukla istihkak iddiasına ilişkin özel olarak düzenlenmiş hallerden birisi olduğu kabul edilmektedir. Ancak istihkak iddiası ve davasına ilişkin şartlar ile satıcının geri alma hakkına ilişkin birlikte incelendiğinde söz konusu hakkın istihkak iddiasından daha geniş ve bağımsız olduğu anlaşılmıştır. Zira iflasta istihkak davası, iflas açıldığı anda müflisin (masanın) veya üçüncü kişinin zilyetliğinde bulunan ancak malik olmadığı mallar için söz konusu iken; satıcının geri alma hakkı iflas açıldığı anda müflisin hukuki veya fiili tasarruf alanına geçmemiş bir mal için söz konusudur. Ayrıca mülkiyet hakkı dışında bir hakka dayanarak iflasta istihkak davasının açılması mümkün değilken satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için ise satılan malın maliki olması dahi gerekmemektedir. Yine üçüncü kişiye, istihkak iddiasında bulunabilmesi ve dava açabilmesi için Kanun'da belirli süreler öngörülmüşken satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için herhangi bir süre öngörülmemiştir. Bütün bu sebeplerle satıcının geri alma hakkının istihkak iddiasından daha geniş ve bağımsız bir talep hakkı olduğu ve iflasın sözleşmelere etkisi kapsamında yer alması gerektiği sonucuna ulaşılmıştır. Zira iflastan etkilenen sözleşmeler, müflisin iflasın açılmasından önce tarafı haline geldiği ancak iflasın açıldığı anda henüz tam olarak ifa edilmemiş olan sözleşmelerdir. Kanun m. 190 uyarınca satıcının geri alma hakkını kullanabileceği satış sözleşmeleri de iflas açıldığı sırada sözleşmeye konu malın müflisin eline ulaşmadığı ve bedelinin tamamen ödenmediği sözleşmeler olduğundan henüz tam olarak ifa edilmemiş sözleşmeler kapsamında yer almaktadır.

Satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için Kanun'da belirtilen şartların bir arada gerçekleşmesi gerekmektedir. Öncelikle satış sözleşmesinin iflas kararından önce yapılmış olması gerekmektedir. Doktrinde yüz yüze yapılan satışlarda gönderilmesi

gereken taşınır bir malın söz konusu olmadığı gerekçesiyle satıcının geri alma hakkını kullanamayacağı ifade edilmektedir. Ancak kanaatimizce yüz yüze yapılan satışlarda da gönderilmesi gereken bir mal söz konusu olabileceğinden İİK m. 190 hükmü uygulama alanı bulabilmelidir. Dolayısıyla iflasın açılmasından önce yapılan satış sözleşmesinin yüz yüze yapılan bir sözleşme olması İİK m. 190/1'in uygulanmasına engel teşkil etmemelidir.

İcra ve İflas Kanunu m. 190/1 hükmünün uygulanabilmesi için aranan ikinci şart ise satılan malın gönderilmesi gereken bir mal olmasıdır. Ancak gönderilmesi gereken mesafe herhangi bir önem arz etmediğinden aynı ilçe, il veya ülke olabileceği gibi başka ilçe, il veya ülke de olabilir. Kanun'da gönderme işlemine yönelik herhangi bir detay söz konusu olmadığı gibi bunun tespitine yönelik de herhangi bir düzenlemeye yer verilmemektedir. Bu durum ise hakkın kullanımı açısından önemli bir sorun olarak karşımıza çıkabilmektedir. Nitekim hakkın kullanılabilmesi için satıcının teslim yükümlülüğüne ilişkin uluslararası ticari kayıtlar olan CIF ve FOB kayıtlarının dahi dikkate alınması gerekebilir.

Hakkın kullanılabilmesi için aranan üçüncü şart; iflas açıldığı anda gönderilmiş olan malın müflisin eline geçmemiş olmasıdır. Kanun'da yer alan "müflisin eline geçme" ifadesinin zilyetlik olarak anlaşılması gerektiği ifade edilmektedir. Kanaatimizce de makul olan bu kabul uyarınca iflas açıldığı anda müflise zilyetliği devredilen mallara ilişkin satıcının geri alma hakkını kullanması mümkün değildir. Zilyetliğin devri ise teslim yolu ile olabileceği gibi teslimsiz de olabilir. Burada çalışmamızda özellikle eşyayı temsil eden senetlerin devredildiği durumlarda hükmün uygulama alanı bulup bulamayacağının incelenmiştir. İcra ve İflas Kanunu m. 190/2'de yer alan ve maddi hukuk kurallarındaki genel esastan ayrılan istisnai düzenleme uyarınca eşyayı temsil eden senetlerin devredildiği durumlarda yalnızca söz konusu senetler üzerinde üçüncü kişi lehine işlem yapıldığı takdirde satıcı geri alma hakkını kullanamamaktadır. Kanaatimizce bu düzenleme maddi hukuk kurallarındaki genel esasa uygun düşmediği gibi iflasın amacına da uygun düşmemektedir. Zira iflasta amaç; alacaklıların eşit bir şekilde tatmini iken İİK m. 190/2 iflasta tek bir satıcıyı korumaya yönelik bir düzenlemedir.

Satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için satış bedelinin tamamen ödenmemiş olması gerekmektedir. Ancak hakların

kullanılması ve borçların yerine getirilmesinde temel sınır olan TMK m. 2 kanaatimizce satıcının geri alma hakkında da söz konusu olmalıdır. Bu kapsamda satış bedelinin ödenmeyen kısmı ödenen kısma nazaran çok az ise satıcı İİK m. 190/1'in uygulanmasını talep edememelidir.

Ayrıca satıcının geri alma hakkını kullanabilmesi için iflas idaresinin sözleşmeye katılma kararı vermemiş olması gerekmektedir. Dolayısıyla satıcının geri alma hakkından ziyade geri almayı talep hakkından bahsetmek daha doğru olacaktır.

Bütün bunlara ek olarak Kanun'da istisnai düzenlemeye gidiliyor ise bu düzenlemenin uygulanabilirliğinin de incelenmesi gerekmektedir. İcra ve İflas Kanunu m. 223'e 09/06/2021 yılında eklenen fıkra ile iflas idaresine seçilecek üyelerden birinin yemini mali müşavir veya serbest muhasebeci mali müşavir, birinin ise hukukçu olma zorunluluğu satıcının geri alma hakkının uygulanabilirliğini olumlu yönde etkileyen bir gelişme olarak ifade edilebilir. Zira ilgili fıkra eklenmeden önce yalnızca yeterli bilgi ve tecrübe şeklinde oldukça genel bir tabire yer verilmekte, muhasebeye ilişkin yeterliliklerinin olması aranmaktaydı. Dolayısıyla satıcının geri alma hakkının tespitinin iflas idaresi tarafından tespit edilmesi mümkün görünmemekteydi. Söz konusu olumlu değişikliğe rağmen çok fazla dosyaya bakamasak da Kayseri ve bazı büyükşehirlerde şifahen sorularak; iflas idaresine seçilen kişilerin ticari defterleri ve ticari muameleleri kontrol ederek alım satım sözleşmeleri ve bu sözleşmelerin ifa edilip edilmediğini tespit ettiklerine dair herhangi bir dosya bulunmadığını tespit edilmiştir. Dolayısıyla satıcının geri alma hakkına ilişkin İİK m. 190'da yer alan düzenlemenin uygulanabilmesi için müflisin veya satıcının beyanda bulunması gerekmektedir. Bu noktada ise satıcının beyanda bulunabilmesine yönelik herhangi süre öngörülmemiş olması maddenin uygulanabilirliği açısından sıkıntılı bir durum olarak karşımıza çıkmaktadır. Müflisin beyanda bulunmasına yönelik de müflisin satıcı ile haricen anlaşarak işlem yapması özellikle gerçek kişi tacirler açısından düşünülmesi gereken bir ihtimaldir. Kaldı ki doktrinde ve Yargıtay kararları incelendiğinde de İİK m. 190'da yer alan hükmün uygulandığına ilişkin herhangi bir vakıya rastlanmamıştır. Dolayısıyla düzenleniş şekli itibariyle uygulanmasına ilişkin birtakım güçlükler barındıran ve şu ana kadar uygulandığına ilişkin herhangi bir

vakiya rastlanılamayan satıcının geri alma hakkına ilişkin düzenlemeye maddi hukuktaki genel kurallara aykırı olacak bir istisnayı da barındıracak şekilde Kanun'da yer verilmesi kanaatimizce makul bir yaklaşım değildir.

KAYNAKÇA

- Altay, Sümer. *Türk İflas Hukuku, Cilt I*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Altay, Sümer. *Türk İflas Hukuku, Cilt II*, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2004.
- Arslan, Ramazan/Yılmaz, Ejder/Taşpınar Ayvaz, Sema/Hanağası, Emel. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Atalı, Murat/Ermenek, İbrahim/Erdoğan Ersin. *İcra ve İflas Hukuku*, 3. Bası, Yetkin Yayınları, Ankara, 2020.
- Ayan, Mehmet. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 10. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Ayan, Mehmet. *Eşya Hukuku I Zilyetlik ve Tapu Sicili*, 12. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya,
- Berkin, Necmeddin M., *İcra Hukuku Dersleri*, 2. Baskı, Hamle Matbaası, İstanbul, 1969.
- CIF ve FOB Kayıtları, 2015, <https://www.lbfpartners.com/tr/yayin/cif-ve-fob-kayitlari.html>, (Erişim Tarihi: 13.05.2022)
- Eren, Fikret. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 22. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 2017.
- Görgün, L. Şanal. *İflasta İstihkak Davası*, Ankara İktisadi ve Ticari İlimler Akademisi, Ankara, 1977.
- İnan, Ali Naim/Yücel, Özge. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 4. Baskı, Seçkin Yayınevi, Ankara, 2014.
- Kılıçoğlu, Ahmet M. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 20. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 2016.
- Kuru, Baki. *İcra ve İflas Hukuku El Kitabı*, 2. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Kuru, Baki. *İstinaf Sistemine Göre Yazılmış İcra ve İflas Hukuku*, Legal Yayınevi, Eylül, 2016.
- Muşul, Timuçin. *İcra ve İflas Hukuku Cilt: II*, 5. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2013.
- Oğuzman, M. Kemal/Öz, M. Turgut. *Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, Cilt 1, 14. Baskı, Vedat Kitapçılık, İstanbul, 2016.
- Oğuzman, M. Kemal/Seliçi, Özer/Oktay Özdemir, Saibe. *Eşya Hukuku*, 19. Baskı, Filiz Kitabevi, İstanbul, 2016.

- Özbek, Mustafa Serdar, “İflas Masasından Çıkarılabilecek Mal ve Haklar”, *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, S. 3. s. 997-1028.
- Pekcanitez, Hakan/Atalay, Oğuz/Sungurtekin Özkan, Meral/Özekes, Muhammet. *İcra ve İflas Hukuku Ders Kitabı*, 7. Bası, On İki Levha Yayıncılık, İstanbul, 2020.
- Taş Korkmaz, Hülya. *İflas Masası*, Yetkin Yayınları, Ankara, 2010.
- Tercan, Erdal. *İflasın Sözleşmeler Etkisi*, Adil Yayınevi, Ankara, 1996.
- Ulukapı, Ömer. *İcra ve İflas Hukuku*, 1. Baskı, Mimoza Yayınları, Konya, 2015.
- Üstündağ, Saim. *İflas Hukuku*, 8. Bası, Yaylacık Matbaacılık, İstanbul, 2009.
- Postacıoğlu, İlhan E. *İflas Hukuku İlkeleri Cilt:I. İflas*, Sulhi Garan Matbaası Koll. Şti., İstanbul, 1978.
- Yıldırım, Mehmet Kâmil/Deren-Yıldırım, Nevhis. *İcra ve İflas Hukuku*, 6. Baskı, Beta Basım A.Ş., İstanbul, 2015.
- Yıldırım, Abdülkerim. *Türk Borçlar Hukuku Genel Hükümler*, 6. Baskı, Adalet Yayınevi, Ankara, 2017.

MİLLETLERARASI KAMU HUKUKU

ULUSLARARASI KAMU HUKUKUNDA PARALI ASKERLERİN HUKUKİ STATÜSÜ: RUSYA- UKRAYNA SAVAŞI ÜZERİNDEN BİR İNCELEME

Mehmet GÜNEŞ¹

Öz

Savaş, karşılıklı güçlerin kimi zaman haklı ve onurlu bir mücadelesi olmak yanında çeşitli gerekçe ve beklentilerle savaş bölgesi dışındaki diğer taraftar ve karışanları da içine alan ve onlara yeni imkân ve fırsatların kazanılabileceğine ilişkin kaotik ortamı sağlayan bir olgudur. Bu açıdan bir savaş ortamında paralı askerler öteden beri en bilinen fırsatçılar olarak görülmekte Antik çağlardan bu yana eski Çin, Yunan ve Roma ordularında dahi çok sayıda paralı askerinin savaşlarda kullanıldığı bilinmektedir.

İkinci Dünya Savaşı sonrasında sadece devletlerin güç kullanma tekeline sahip olduğunun kabul edilmesi sonrasında paralı askerinin savaşan statüsündeki sorumluluklarına ilişkin ilk defa 1977'de 1949 Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol metninde yer verilmiştir. Bu metindeki düzenlemeye göre paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri olamayacağı kabul edilmekle birlikte taraflarca paralı askerlerin savaşta kullanılmasının veya finanse edilmesinin yasaklanmasına dair herhangi bir hüküm düzenlenmemiştir. Bu konuda artan uygulama sorunları sebebiyle nihayet paralı askerlerin sorumluluğuna yönelik Birleşmiş Milletler (BM) Genel Kurulunda 1989'da kabul edilen "*Paralı Askerlerin İstihdamı, Kullanımı, Finansmanı ve Eğitimine Karşı Uluslararası Sözleşme*" 2001 yılında yürürlüğe girmiştir. BM Güvenlik Konseyinin daimî üyelerinin hiçbirinin tarafı olmadığı bu sözleşme, halen 37 devlet tarafından onaylanmıştır. Bu sözleşme paralı askerlik olarak nitelendirilebilecek tüm faaliyetleri yasaklamaktadır. BM Sözleşmesi'nde; paralı askerleri silah altına alan, kullanan, finanse eden veya eğiten, doğrudan çatışmalara ya da duruma göre planlanmış şiddet hareketlerine katılan; Sözleşmede yer alan suçları işleyen ya da işlemeye teşebbüs edenlerin cezai sorumluluğunun doğduğunu kabul edilmiştir. Ancak belirtilen suçun uygulanabilirliği devletlerin kendi iç hukukuna bırakılmıştır.

Paralı askerlerin ve onları kabul eden devletlerin bir savaştaki sorumluluğuna yönelik çeşitli fikir ve görüşler ileri sürülse de hiçbir

¹ Doç. Dr. Ahmet Yesevi Üni, Genel Kamu Hukuku, dr.megunes@gmail.com, ORCID: 0000-0003-3285-3043.

halen yaşanan Ukrayna-Rusya savaşı özelinde yeterince tartışılmamıştır. 24 Şubat 2022'de Rusya, komşusu Ukrayna ülke sınırlarına girerek başlattığı savaşın geleceğini belirleyecek şekilde her iki taraf adına savaşmak için paralı askerlerin bölgeye sevk edildiği görülmektedir. BM Sözleşmesi gereğince kuralları ortaya konulan paralı askerlerin savaştaki rolüne yönelik 1989 tarihli BM sözleşmesini halen savaşta olan Ukrayna 1990 yılında imzalamış ve 1993 yılında ise onaylamış iken diğer taraf olan Rusya ise bu sözleşmeye taraf değildir. Oysa ki savaş öncesinde Ukrayna'da AGİT'in gözetiminde Eylül 2014'te Belarus'un başkentinde imzalanan ve ateşkesi amaçlayan 12 maddelik Minsk Anlaşmasında; tarafların Ukrayna'da silahlı grupların askeri donanımlarını, savaşçılarını ve paralı askerlerini geri çekmesi yükümlülüğü daha önce kabul edilmişti. Ukrayna Savaşı halen devam ederken özellikle Rusya tarafından, kendi ülkesinde özel askeri şirketlerin faaliyetleri yasak olduğundan dolayı 2016 itibarıyla Arjantin'de kurulmuş gözüken "Wagner" adlı özel askeri şirkete bağlı paralı askerleri bölgeye sevk ettiği, diğer yandan Ukrayna Dışişleri Bakanı Dmitro Kuleba'nın yerel basına verdiği demecinde, 52 ülkeden yaklaşık 20 bin paralı askerın Ukrayna saflarında Rusya'ya karşı savaşmak için başvuruda bulunduğunu açıkladığı görülmektedir.

Bölgesel bir savaşı uluslararası bir savaş dönüştürme, emperyal devletlerin savaş sorumluluğunu gizleme, küresel silah şirketleri ve devlet aktörlerinin savaşa yeni istikamet verme amaçlarına hizmet eden paralı askerlik müdahalesinin açık şekilde görüldüğü Ukrayna-Rusya savaşı özelinde; uluslararası kamu hukuku kural ve yargı içtihatlarına göre paralı askerlerin hukuki statüsü ve devlet sorumluluğunun inceleneceği bu bildiriye, savaşların önlemesine ilişkin yeni değerlendirme ve kapsamlı öneriler yapılacaktır.

Anahtar Kelimeler: Paralı Askerler, Savaşın Statüsü, İnsancıl Hukuk, Devlet Sorumluluğu, Rusya-Ukrayna Savaşı.

THE LEGAL STATUS OF MERCANARIES IN INTERNATIONAL PUBLIC LAW: A REVIEW ON THE RUSSIA-UKRAINE WAR

Abstract

In addition to being a just and honorable struggle of mutual powers, war is a phenomenon that includes other supporters and participants outside the war zone with various reasons and expectations, and provides them with a chaotic environment where new opportunities and opportunities can be gained. In this respect, mercenaries have always been seen as the most well-known opportunists in a war environment. It has been known that many mercenaries were used in wars since ancient times, even in ancient Chinese, Greek and Roman armies.

After the Second World War, after the recognition that only states had a monopoly on the use of force, the responsibilities of the mercenary in combatant status were included for the first time in the text of the “Additional Protocol I” to the 1949 Geneva Conventions in 1977. Although it is accepted that mercenaries cannot be combatants or prisoners of war according to the regulation in this text, no provision has been made by the parties to prohibit the use or financing of mercenaries in war. Due to the increasing implementation problems in this regard, the Convention of “*International Convention Against the Employment, Use, Financing and Training of Mercenary Soldiers*” which adopted in 1989 at the United Nations (UN) General Assembly for the responsibility of mercenaries, entered into force in 2001. This convention, which none of the permanent members of the UN Security Council is a party, has still been ratified by 37 states in today.

Although various ideas and opinions have been put forward in regarding the responsibility of mercenaries and the states that accept the responsibility of mercenaries in a war, none of them have been sufficiently discussed in the current Ukraine-Russia war. It is seen that mercenaries were sent to the region to fight on Ukraine war that Russia started by entering the borders of its neighbor Ukraine on February 24. While Ukraine, which is still at war, signed the 1989 UN convention on the role of mercenaries in the war, the rules of which were laid down in accordance with the UN Convention, in 1990 and ratified it in 1993. But Russia, which is the other party of this war, is not a party to this convention.

It is clearly seen that by using mercenaries which serves the purpose of transforming a regional war into an international war, concealing the war responsibility of the imperial states, and giving a new direction to the war by global army companies and state actors in the case of the Ukraine-Russia war. In this paper, it will be made examining the legal status and state responsibility of mercenaries according to the rules and jurisprudence of public international law and new evaluations and comprehensive suggestions will be made regarding the prevention of wars.

Keywords: Mercenaries, Combatant Status, Humanitarian Law, State Responsibility, Russia-Ukraine War.

GİRİŞ

Gerek uluslararası ve gerekse iç çatışmaların ortamı, artık yeni savaş türlerini içine alacak şekilde paramiliter aktörleri, suçla bağlantılı grupları, çocuk askerleri, her türden teröristleri de kapsar bir hale gelmiştir. Savaşlarda düzenli ordu birlikleri sayısı kadar düzensiz ve gayri resmi silahlı güçlerin daha çok arttığını görmek mümkün hale gelmiştir. Konvansiyonel orduların hareket yeteneği eksikliği ve geleneksel savaşma biçimi yerine başta paralı askerler olmak üzere düzensiz silahlı güçlerin çoğunlukla yer aldığı ve öne çıktığı görülmektedir. Bu açıdan bir savaş ortamında özellikle paralı askerler öteden beri en bilinen fırsatçılar olarak Antik çağlardan bu yana eski Çin, Yunan ve Roma ordularında savaşlara katıldığı bilinmektedir.

Paralı askerlik uygulamasının ilk defa M.Ö. 1274'de Mısır ve Hitit krallıklarının karşı karşıya geldiği Kadeş Savaşı'nda başladığı, katılan paralı askerlerin ise çoğunlukla haydut, hırsız, yağmacılardan oluştuğu belirtilmektedir.² Avrupa'da feodal sistemin hüküm sürdüğü çağlarda da devam eden bu uygulamada, merkezi Krallıkların savaşlarda paralı askerlerden yararlandığı, sadece belli bir sefer için toplanmış askeri birliklerden oluşan ordularla sefere çıktığı bilinmektedir. İtalya'da Venedik, Floransa, Cenova gibi zengin şehirlerin bünyesinde oluşturulan ve paralı askerlerden oluşan askeri birliklerle "Condottieri" usulü adı verilen Orta Çağ'da Rönesans dönemi boyunca Papalık Devleti de dahil olmak üzere İtalyan şehir devletleri tarafından kullanılan paralı askerlik sözleşme usulünün kullanıldığı belirlenmiştir.³ Otuz Yıl Savaşları'nı sona erdiren Westphalia Barışı sonrasında; egemen devlet için gerekli otorite gücüne ve bunu uygulatmak için ordu gibi zor kullanma araçları ve idari kurumlara devletin sahip olması gerektiğinin ortaya çıkması⁴ ve bu sebeple zor kullanma aracı olan ordularda uluslararası hukukun diğer süjelerine tahsis edilmesinde tekele sahip olan; bu tekeli de kamu gücünden

² Gabriel, Richard. *Thutmose II The Military Biography of Egypt's Greatest Warrior King*, Potomac Books, US, 2009, s.76.

³ Özalp, Osman Nuri. "Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreaux Dökümanı Bağlamında Yeni Arayışlar", *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009, s. 60.

⁴ Porter, Bruce. *War and the Rise of the State, The Military Foundations of Modern Politics*, The Free Press, 1994, s. 58.

kaynaklanan bir örgütlenme aracılığıyla gerçekleştiren modern ulus devlet teorisinde paralı askerlik anlayışına çok az yer verilmiştir.⁵ 18. yüzyıla gelinceye kadar Avrupa'da paralı veya kiralık askerlik uygulaması kısmen devam etmiş ancak Napolyon Savaşlarıyla birlikte paralı askerlerle savaşlarda kesin bir zafer kazanılmayacağına ortaya çıkması üzerine Avrupa'da zorunlu askerlikle inşa edilen milli ve düzenli ordu gerekliliği benimsenmiştir.⁶ Savaşların, devletin sadece vatandaşlarından oluşan milli ordular ile yürütülmeye başlanması ve paralı askerlerin artık kullanılmamasını savunan bu anlayış 18'inci yüzyıl sonları ile 19'uncu yüzyıl başlarında gelişmiştir.⁷ Ancak paralı askerliği tekrar öne çıkaran ana gelişme 2. Dünya savaşı sonrası birçok sömürge altındaki halkların bağımsız devlet ve ordu kurma çabaları sonrası özellikle Afrika'da yoğunlaşan bağımsızlık ve ayrılıkçılık mücadeleleri için bölge dışından getirilen birçok paralı askerinin askeri çatışmalarda kullanılmaya başlamasıdır. Bu süreçte İngiltere gibi sömürgeci devletlerin paralı askerler eliyle bağımsızlık isteyen halklara karşı örtülü operasyonlar yapmak için bu kişileri kullandığı da belirtilmektedir.⁸

Zamanla çatışma ve savaşların sadece asker kişileri değil çoğu zaman sivilleri hedef alması sebebi ile "hibrit savaş" adı verilen ve aktörleri arasında asker dışında sivil halkın, milis güçlerin, paralı askerlerin, terör örgütleri mensuplarının, bağımsız gönüllülerin olduğu bir başka çatışma ortamına geçilmiştir. Bu durumda en çok adı geçen savaş türü de "vekalet savaşıdır" Vekalet savaşında, vekil unsurlar ekonomik, askeri, teknolojik, lojistik vb. anlamda kendisini destekleyen güçler adına hareket etmektedirler.⁹ Paralı askerlerin sıkça yer alabildiği kendilerini gösterebildiği savaş türü genelde vekalet savaşıdır. Çünkü vekâlet savaşları, kuvvet kullanmanın BM şartıyla yasaklanması sebebiyle devletlerin uluslararası ortamda bir yaptırıma maruz kalmamak için devlet

⁵ Kurtdarcan, Bleda R. *Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017, s. 2.

⁶ Giddens, Anthony. *Ulus-Devlet ve Şiddet*, Çev. Cumhur Atay, Kalkedon Yayınları, 2008, s.28-35.

⁷ Percy, Sarah. *Mercenaries: The History of A Norm in International Relations*, Oxford University Press, New York, 2007, s.121.

⁸ Kinsey, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, Routledge, 2006, s. 43-44.

⁹ Mumford, Andrew. *Proxy Warfare*, Polity Press, 2013, s.11-12.

dışı aktörleri kullanarak sonuç almaya çalıştığı bir stratejiyi tanımlamaktadır. Vekalet savaşında başkaları adına savaşanların motivasyon kaynağı ise paralı askerlik olduğu görülmektedir.

Uzun tarihsel geçmişi göz önünde bulundurulduğunda paralı askerlik, günümüz savaşlarında öne çıkan ve gün geçtikçe yeni model ve yöntemlerle sürdürülen bir uygulamadır. Savaş ve çatışmalar devam ettiği müddetçe paralı askerliğin ve onun yeni tür uygulamalarının önüne geçilemeyeceği görülmekte ve belli kural, kriter ve ölçütlerle hukuki bir yapıya kavuşturulmaya çalışılmaktadır. Bu çalışmada paralı askerliğin uluslararası insancıl hukuk perspektifinden hukuki bir meşru zemine oturtulmasına yönelik çalışmalar açıklanacak, uluslararası düzenlemelerin zaman içerisinde paralı askerliğin doğru anlaşılmasına yönelik neden sonuç vermedikleri gösterilecek ve paralı askerliğin örtülü uygulaması olan özel askeri şirketler eliyle savaşların küresel ölçekte nasıl yönlendirildiği ve bu şirketlerin hukuki statüsü ve sorumluluğu Rusya- Ukrayna savaşı örneği üzerinden değerlendirilecektir.

1. “PARALI ASKER” KAVRAMININ ULUSLARARASI KAMU HUKUKU BELGELERİNDEKİ İÇERİĞİ VE KARŞILAŞTIRILMASI

Paralı askerlik; bir savaşçının veya savaşa dahil olanın sadece maddi kazancı düşünerek taraf olmasını nitelemektedir. Savaşlarda çoğu zaman övülen şan, şeref ve ulvi değerler yerine öncelikle maddi kazanç sağlamak, para kazanmak için ortaya çıkanları kötülemek adına geçmişte “kiralık asker”, “savaş köpeği”, “vekil asker” gibi benzetmelerle pejoratif (kötücül) şekilde anılan paralı askerliğin tanımı ve silahlı çatışmalardaki konumu günümüzde halen tartışmalı bir durumu ifade etmektedir.¹⁰ Paralı asker (Mercenary) kavramı, Latince “mallar” anlamına gelen ‘mercis’ kelime köküne dayanmaktadır. Bunun sebebi paralı askerlerin de tıpkı tüccarlar gibi kişisel kazanç elde etmek için şahsi savaş yeteneklerini satmak istemeleridir. Ana Britannica sözlüğünde; “*siyasi ve başkaca bir kaygısı olmadan bir devlet ya da ulus adına savaşan kiralık asker*”¹¹, Oxford sözlüğünde; “*yabancı bir orduya hizmet etmesi için işe alınan profesyonel asker*”¹² şeklinde

¹⁰ Öztürk, Yasin. *Özel Askeri Şirketler*, Yetkin Yy. Ankara, 2021, s.13.

¹¹ <https://www.britannica.com/topic/mercenary> (Erişim Tarihi: 11.03.2022)

¹² <https://en.oxforddictionaries.com/definition/mercenary> (Erişim Tarihi: 11.03.2022)

tanımlanan “paralı asker”; Türkçe literatürde “kiralık asker” terimi ile birlikte maddi kazanç elde edip etmemesine bağlı olarak kimi zaman “yabancı savaşçı”, bazen “ulus aşırı savaş gönüllülüğü” bazen de “gönüllü savaşçı” vb. farklı adlandırmalarla birbirinin yerine kullanılmaktadır. Neticede “paralı asker”, kişisel bir kazanç amacıyla yabancı bir devletin hizmetinde askeri operasyonlarda yer alan profesyonel asker olarak tanımlanabilir.¹³

1.1. Dünya Savaşları Döneminde Uluslararası Sözleşmelerde Paralı Askerlik

Paralı asker kavramına uluslararası kamu hukuku belgelerinde ilk defa yer verilmesine, ancak Cenevre sözleşmelerinde rastlanılmaktadır. Dolayısıyla Birinci ve İkinci Dünya Savaşları esnasında paralı askerliğe ilişkin mevcut bir uluslararası kuralın bulunduğu iddia edilemez. Ancak Dünya Savaşları döneminde geçerli kabul edilen insancıl hukuki düzenlemelerin geniş yorumlanması ile paralı askerliğin statüsüne ilişkin bazı sonuçlara ulaşmak mümkündür. Bu açıdan Cenevre sözleşmelerine kadar paralı askerlerin hukuki statüsünü yorum yoluyla 1907 tarihli “*IV Nolu Kara Savaşındaki Kanun ve Adetlere İlişkin Lahey Sözleşmesi*”ndeki bazı düzenlemelerden belirlemek mümkün olabilmektedir. Bu sözleşmede savaşan tarafların silahlı kuvvetlerinin muhariplerden ve muharip olmayanlardan oluştuğu, muhariplerin düşman kuvvetlerinin eline geçtiğinde “savaş esiri” olarak muamele göreceği hükmüne yer verilmiş ve bu statünün silahlı kuvvetler mensupları ile öngörülen şartları taşımaları kaydıyla, milisleri ve gönüllü birlikleri de kapsadığı ifade edilmiştir.¹⁴ Düzenlemede yer alan milis ve gönüllü birliklerin teferruatlı tanımı verilmediğinden “paralı askerlerin” de bu grupların arasında bulunabileceği düşünüldüğünde, sözleşmeye ek “Kara Harbi Kanunları ve Adetleri Hakkında Yönetmelik” md.1’de gösterilen savaş ortamında aranılan şartlardan olan; “*Başlarında astlarından mesul bir şahsın bulunması, ayırt edici sabit ve uzaktan seçilebilir bir işarete sahip olmaları, silâhlarını açıkça taşımaları ve askerî hareketlerinde harp kanun ve âdetlerine uymaları*” halinde milis ve gönüllü birlik içerisindeki kişilerden örneğin paralı

¹³ Sutter, Philip. “The Continuing Role of Belligerent Reprisals”, *Journal of Conflict & Security Law*, 2008, 13 (1), s. 113.

¹⁴ Topal, Ahmet Hamdi, “Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Hukuki Statüsü”, *AÜHFĐ*, Cilt: 60, Sayı: 4, 2011, s. 963-1021, s. 990.

askerlerin de ordu tarifine dahil edilmelerini yasaklayan açık bir kural yer almamaktadır. Lahey Sözleşmesinde “paralı asker” kavramı doğrudan yer almadığından metinde savaşın ana aktörü olarak devletin ordusundaki muharip askerlere sürekli vurgu yapılmaktadır. Ordu mensubu olmadığı halde sözleşme gereğince muharip kabul edilecek gruplara tek istisna olarak md. 2’de gösterilen *“Düşman yaklaştığında, 1nci maddeye göre kendi kendine teşkilatlanmak zamanını bulmaksızın istilâ kuvvetleriyle doğuşmek için kendiliğinden silâhları ele alan işgal edilmiş bir toprağın halkı, eğer harp kanunları ve âdetlerine saygılı olurlarsa muharip telâkki edileceklerdir”* düzenlemesidir. Neticede Lahey sözleşmesinde muharip gösterilen ülke ordusu mensuplarının savaş zamanında kullanabileceği haklar belirtildiğinden ayrıca paralı askerlerin durumuna yönelik herhangi bir açık düzenleme yer almamaktadır.¹⁵

1.2. Cenevre Sözleşmelerinde Paralı Askerlik Tanımı ve Genel Statüsü

İkinci Dünya Savaşı sonrası “paralı askerlik” kavramı ve statüsüne yer verilen uluslararası hukuk belgeleri, sırasıyla 1949 yılı Cenevre Sözleşmeleri’ne sonradan dahil edilen “1977 tarihli Ek 1 Numaralı Protokol”, 1977 tarihli “Paralı Askerliğin kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Örgütü Sözleşmesi” ve 1989 tarihli “Paralı askerlerin İstihdamına, Kullanımına, Finansmanına ve Eğitimine Karşı Uluslararası Sözleşmesi (BM Paralı Askerlik Konvansiyonu)” dir. Bu konuda en önemli uluslararası hukuk belgesi olan 1949 yılındaki 3. Cenevre Konvansiyonuna ancak 1977 tarihinde eklenen Ek I Nolu Protokol md. 47’ye göre paralı askerler “Mercenaries” olarak adlandırılmakta ve *“Silahlı bir çatışmada savaşmak için yerelde veya yurtdışında görevlendirilen, gerçek anlamda, doğrudan düşman taraflardan birisinin yanında olan, maddi bir kazanç amacıyla motive olan, çatışmanın tarafı olan düzenli askerlere verilen tazminat veya ödenekleri almasına dair söz verilen, ne çatışmaya taraf olan ülke vatandaşı ne de çatışmaya taraf olanların yönettiği bölge vatandaşı olan, çatışmanın taraflarının üyesi olmayan, çatışmanın tarafı olmayan devlet tarafından kendi silahlı kuvvetlerince resmi görevle gönderilmemiş olan kişidir”* şeklinde

¹⁵ Top, Sinem. “Uluslararası Hukukta Paralı Asker Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Hukuki Durumu”, *Izmir Barosu Dergisi*, Ocak 2018, s. 299.

tanımlanmaktadır. Bu tanım ne yazık ki kapsayıcı değil çok sınırlayıcıdır, zira altı şartın tamamının kişi aleyhine oluşmasını aramaktadır. Dahası, paralı asker olmakla suçlanan kişinin “*çatışmaya kişisel avantaj elde etmek için katıldığı*” ve kendisine “*benzer görev ve rütbelerdeki muhariplere verilen ya da vaat edilen maddi ücretten bariz biçimde yüksek olan bir ücret vaat edildiğinin*” ayrıca ispatlanması gerekmektedir. Oysa bir paralı askerın tanımlanmasında en önemli kriter olarak sadece kâr motivasyonunun kabul edilmesinin ve bu durumun bir mahkemede aleyhine kanıtlanmasının da çok zor olacağı aşikardır. Ayrıca bu tanıma göre, çatışma taraflarından birinin vatandaşı olan veya çatışma taraflarından birinin kontrol ettiği bir ülkede ikamet eden kişiler de paralı asker olarak kabul edilmeyeceklerdir. Neticede 1977 yılı sonrasındaki dönem için savaşlarda ordu mensubu olmayan bir kişinin “paralı asker” olarak nitelendirilebilmesi için birçok koşulun birlikte yerine gelmesi şartı gerektiğinden, paralı asker kavramının bireysel anlamı ile doğrudan kişilere uygulanmasının imkânsız olmasa da çok zor olduğu anlaşılmaktadır.¹⁶ Bu konunun ek protokolün kabul edilmesi sürecinde diplomatik konferansta birçok devlet tarafından dile getirildiği anlaşılmaktadır. Nitekim diplomatik konferansta, Afganistan, Kamerun, Küba, Moritanya, Nijerya ve Zaire, paralı askerliğin protokoldeki yazım biçimine karşı olduklarını beyan etmişlerdir. Örneğin Kamerun, “*bir paralı askerın fahiş bir ücret aldığı*”nı ispat etmenin çok zor olacağını” beyan etmiştir. Hollanda, paralı askerlerin saiklerine yapılan her türlü göndermeye muhalif kalacağını bildirmiştir. Nitekim ek protokolde yer alan paralı askerlik tanımının gerçekte işe yaramadığı ve literatürde eleştirildiği görülmektedir. Buna göre meşru bir askere paralı bir asker yaftası yapıştırmak için düzenlenen kriterler suiistimal edilerek amaç dışı kullanılsa bile, bu şekildeki düzenleme ile bazı kategorideki kişilerin paralı asker olarak kabul edilemeyeceğini belirtmektedir.¹⁷ En önemlisi ise Ek protokolün ileri sürdüğü üzere tüm paralı askerlerin sadece para için savaştıkları kabulünün aslında doğru olmayabileceğidir. Nitekim buna en çarpıcı örnek, İspanya iç savaşında birçok Amerikalının

¹⁶ Sutter, s. 114.

¹⁷ Aldrich, George H. “New Life for the Laws of War”, *American Journal of International Law*, Cilt 75, Sayı 4, s. 764-783, s. 776.

maddi bir kazanç beklentisi olmadan sadece savaşın nedenine inandıkları için savaşa katılmış olmalarıdır.¹⁸

1.3. Cenevre Sözleşmelerinde Paralı Asker Kavramında Muhariplik Statüsünün Anlamı

Cenevre Sözleşmelerinde silahlı çatışmalara katılma yani meşru olarak savaşma hakkı sadece muharip kabul edilenlere verilmiştir. 1949 yılındaki 3. Cenevre Sözleşmesine 1977 tarihinde eklenen Ek I Nolu Protokolde savaş ve silahlı çatışmalarda yer alanları, muharipler ve muharip olmayanlar şeklinde ayırarak savaş hukukunun taraflarının bu şekilde genel çerçevesi çizilmiştir. Bu çerçevede ilk önce belirtmek gerekir ki doğrudan bir orduya bağlı olmadığından “paralı asker” sayılan kişilerin savaşa katılma hakları olmadığı ve muharip kabul edilmeyeceği ayrıca savaş esiri statüsünden de yararlanmayacakları düzenlenmiştir. Ek Protokol 1’de tanımlanan ve paralı askerlerin içinde yer almadığı muharip (savaşan) statüsü md. 43/2’de, “Çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetlerine mensup olanlar (Üçüncü Sözleşmenin 33. maddesince kapsanan tıbbi personel ve dini personel dışında) muhariplerdir, bir başka deyişle ile doğrudan muhasamata (çatışmaya) katılma hakkına sahiptirler” şeklinde düzenlenmiştir. Dolayısıyla savaşan (muharip) statüsü; “kendisinden sorumlu bir kişi tarafından komuta edilen, belirli bir mesafeden ayırt edilebilir işaret taşıyan, açıkça silah taşıyan, askeri operasyonlarını kanunlar ve teamüllere uygun olarak yapan kişi” olarak tanımlanmıştır. Protokol md. 1/4’e göre, ayrıca işgal altındaki halkların self determinasyon hakkını kullanma çerçevesinde, sömürgecilere, işgalcilere, ırkçı rejimlere karşı bağımsızlık mücadelesi içerisinde yer alan ve silahlı çatışmalarda bulunanlara da savaşan (muharip) statüsü verilmiştir. Bu bağlamda bu kişiler de savaş hukukunun koruma usullerine tabi olan kişi ve gruplar arasında yer almaktadırlar. Burada dile getirilen kişilerin temel özellikleri, yukarıdaki şartlar bağlamında devletin resmi ordusu dışında kurulan gruplarla bağımsızlık mücadelesi vererek çatışmaya taraf olmalarıdır. Bu durumda paralı askerlerin de kendilerini bağımsızlık savaşçısı ilan ederek düzenlemedeki muhariplik statüsünü talep etmeleri söz konusu olabilir. Ek protokol içeriğinde bu durumu engelleyecek bir

¹⁸ Kwakwa, Edward. *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Field of Application*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1992, s. 113.

düzenleme yer almamakta, paralı askerler ile bağımsızlık savaşçıları doğrudan ayırt edecek mekanizma bulunmamaktadır. Cassese'nin de ifade ettiği üzere; paralı askerler, mevcut uluslararası hukukta çoğunlukla devletler arası büyük savaşlarda değil iç savaşlar ve ulusal bağımsızlık savaşlarında kullanılmaktadırlar; oysa 1977 tarihli Ek I Nolu Protokol içeriğinde bu gerçek göz ardı edilmekte ve bu farklılığı ortaya koymak yerine paralı askerler sadece muharip kabul edilmemekte ve yakalandıklarında cezalandırılmaları ülkelerin iç hukuka bırakılmakta ve iç hukukta da bu kişiler mevcut hükümetin yanında savaşıyorlarsa hukuk tarafından doğrudan korunmakta veya isyancılarla birlikte hareket ediyorlarsa iç hukuka göre sadece “kanunsuz kişiler” olarak nitelendirilmektedirler.¹⁹

1977 tarihli Ek I Nolu Protokolde “*muharip olmayanlar*” olarak silahlı kuvvetlerin üyesi ancak silah kullanma yetkisine sahip olmayanlardan sağlık personeli ve din görevlisi personel ile silahsız siviller, silahlı kuvvetlere eşlik eden siviller kısaca bir çatışmaya doğrudan katılması yasak olan kişiler kabul edilmiştir. Bu kişilerden örneğin Cenevre Sözleşmesi'nin 4. maddesine göre silahlı kuvvetlerin içindeki sağlık görevlileri meşru müdafaa maksadı ile yanlarına silah alabilirler. Ancak meşru müdafaa söz konusu olmadığı halde fiili olarak bir çatışmaya doğrudan katıldıkları zaman sivil statüsünden çıkarak savaşan statüsü içerecek şekilde “*hukuka aykırı muharip*” olarak kabul edileceklerdir. Eğer başlangıçta muharip sayılmayan kişiler; daha sonra partizan, gerilla veya milis yapısı içerisinde devletin gayri nizami birliklerini oluşturacak şekilde birlikte hareket ederek doğrudan çatışmalara girerlerse kendileri de “hukuka uygun muharip” olarak kabul edileceklerdir. Buna göre başlangıçta muharip statüsü içinde yer almadığı halde, düşmanca davranışlara katılarak zarar verici faaliyetlerde bulunan paralı askerler de doğrudan “hukuka aykırı muharip” olarak kabul edilecek ve yakalandıklarında savaş esiri muamelesi görmeksizin yargılanarak cezalandırılacaktır.²⁰

Cenevre Sözleşmesinde savaşan taraf devletlere muharip kişileri açığa çıkarmak için md. 43/3'te yer aldığı üzere önemli bir

¹⁹ Cassese, Antonio. “Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?”, *ZaöRV* 40/1, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1980, s. 6.

²⁰ Topal, s. 997.

sorumluluk getirmektedir. Bu sorumluluk, taraflardan birisinin silahlı çatışmaya dahil ettiği silahlı grupları karşı tarafa bilgilendirilmesi şartıdır.²¹ Ayrıca adı geçen sözleşmenin md.4/4'de silahlı çatışmaya girmeyen ancak muhariplere "eşlik eden veya refakat edenler" ayrı şekilde tanımlanmıştır. Buna göre; "Refakat ettikleri silâhlı kuvvetlerin müsaadesini almış bulunmak şartıyla, askerî uçakların sivil mürettebatı, harp muhabirleri, müteahhitler, askerin esbabın istirahatini temine memur çalışma birlik veya hizmetlerinin mensupları gibi, silâhlı kuvvetlere doğrudan doğruya dahil olmamakla beraber bu kuvvetlere refakat eden şahıslar" olarak kabul edilmiştir. Son olarak silahlı kuvvetlere refakat eden siviller de dâhil olmak üzere, muharip kapsamında yer almayan herkesin, savaşçı değil genel kategori olarak sivil sayılacağını belirtmek gerekmektedir. Dolayısıyla, uluslararası insancıl hukuk sivil statüsünü tanımlarken, muharip olmayanlar üzerinden hareket etmektedir.²² Silahlı çatışmaya doğrudan katılma hakkı sadece muharip sıfatını haiz kişilere verildiğinden sivillerin silahlı çatışmalara doğrudan katılma hakları bulunmamakta ve düşmanca eylemlere doğrudan katılmadıkları sürece zarara görmemeleri açısından korunacakları düzenlenmiştir. Ancak muharip sayılmayan sivillerin düşmanca eylemlere doğrudan katılmaları halinde sahip oldukları dokunulmazlığı yitirerek askeri hedef durumuna gelecekları de kabul edilmiştir. Dolayısıyla muharip sayılmayan paralı askerlerden bir kişi düşmanca eylemlere doğrudan katılırsa, bu durumu devam ettirdiği sürece sahip olduğu koruma askıya alınacak ve bu kişiler "hukuka aykırı muharip" olarak kabul edileceklerdir.²³ Neticede hukuka aykırı muharip kavramının iki farklı kategoriden oluştuğu anlaşılmaktadır. Bunlardan birincisi, kural olarak silahlı çatışmalara doğrudan katılma hakkı olmayan sivillerdir. Başta sivil statüsünde değerlendirilen ve muharip olmayan paralı askerlerin de silahlı çatışmaya katılma hakkı

²¹ Cameron, Lindsey. "Private Military Companies: Their Status Under International Humanitarian Law and Its Impact On Their Regulation", *International Review Of Red Cross*, 88(863), 2006, s.583.

²² Bosch, Shannon. "Private Security Contractors And International Humanitarian Law-A Skirmish For Recognition In International Armed Conflicts", *African Security Review*, Vol: 16, No: 4, s. 34-52, s. 43.

²³ Schmitt, Michael N. "Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees", *Chicago Journal of International Law*, Vol: 5, No:2, Winter 2005, s. 511-546, s. 531.

bulunmadığı açıktır. Ancak bunlar çatışmaya daha sonra katılıp yakalandıkları takdirde savaş esiri statüsünden yararlanamayacaktır. İkinci ve daha tartışmalı bir kategori ise, muharip oldukları yani ordu mensubu oldukları halde, silahlı çatışmaya katıldıkları sırada kendilerini sivil halktan ayırmayan ve kendilerini gizleyen kişilerdir.²⁴ Bu kişiler silahlarını bıraktıkları ve düşmanca eylemden vazgeçtikleri andan itibaren muhariplik statüsünü kaybedecek ve savaş esiri statüsüne geçeceklerdir.

Topal'a göre; Cenevre sözleşmelerine Ek I Nolu Protokolde paralı askerlik konusu gereğince düzenlenmemiş olmakla birlikte bu Protokol yürürlüğe girene kadar paralı askerler de çatışmaya giren tarafların silahlı güçlerine mensup askerler gibi savaş alanında esir olarak alındığında savaş esiri statüsünde değerlendirilerek muamele görüyorken bu Protokol ile birlikte artık paralı askerlik doğrudan yasaklanmış ve suç sayılmıştır. Bu protokole göre paralı askerlik, uluslararası silahlı suçlar kapsamına alınmıştır.²⁵ Oysa bizim de katıldığımız görüşe göre Cenevre Sözleşmelerine Ek I. Protokol kapsamında, paralı askerliğe ilişkin herhangi bir yasaklama ya da cezalandırma hükmüne yer verilmiş değildir. Yalnızca, paralı asker sayılmak için gerekli olan şartların sayıldığı düzenlemede, paralı askerlerin muharip ya da savaş esiri olamayacağı belirtilmiş; paralı askerlik kapsamında yasaklanan faaliyetlere ise yer verilmemiştir. Öte yandan, paralı askerlerin kullanılmasının veya finanse edilmesinin yasaklanmasına dair herhangi bir hüküm de düzenlenmemiştir. Bu askerlerin, kim adına ve ne amaçla savaştıklarına bakılmaksızın birer suçlu olarak nitelendirilip muharip ya da savaş esiri olma hakkından alıkonulmasına rağmen; paralı asker toplamak, eğitmek veya finanse etmek konusunda Protokolde herhangi bir düzenleme bulunmamaktadır. En önemlisi ise düzenlemede paralı askerliğe ilişkin verilen tanımın, uygulamada birtakım gerçekleri başka türlü göstermeye ve böylece kimi paralı askerlerin durumunu gizlemeye olanak verdiği için eleştirildiğini ifade etmek gerekmektedir.²⁶

²⁴ Batur Yamaner, Melike. *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007. s. 58.

²⁵ Topal, s. 979.

²⁶ Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020, s. 208.

1.4. Paralı Askerliğin Kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Sözleşmesi'nin Cenevre Sözleşmesi'nden Farklılıkları

Yukarıda açıklanan Cenevre Sözleşmesi'ne 1977 tarihli Ek I Nolu Protokoldeki paralı askerliğe yönelik tanımlamalar, sadece uluslararası nitelikteki silahlı çatışmalar için geçerlidir ve yerel nitelikte ve ülke içi silahlı çatışmalarda uygulanması söz konusu değildir. Bu sebeple yine 1977 yılında imzalanan “Paralı Askerliğin Kaldırılmasına Dair Afrika Birliği Sözleşmesi” hükümleri, Cenevre Protokolünden ayrı olarak paralı askerlik konusunda uluslararası nitelikte olup olmadığına bakılmaksızın her türdeki silahlı çatışmada uygulanabilir nitelikte kurallar içermesi ile daha gerçekçi düzenlemelere sahiptir. Afrika Sözleşmesi olarak anılan bu sözleşme; Afrika kıtasındaki halkların, “*kendi kaderlerini tayin etme*” haklarının önünde engel olarak kullanılabilir ve Afrika devletlerinin ülke bütünlükleri veya bağımsızlıklarına karşı doğrudan veya dolaylı saldırmak amacıyla paralı askerlerin kiralanması, örgütlenmesi, bu yapılara eğitim desteği sağlanması ve ihtiyaçlarının giderilmesini doğrudan yasaklayan ve taraf devletin ve olaya karışan bireylerin sorumluluklarını açık bir biçimde düzenleyen bir sözleşmedir.²⁷

Paralı askerliğe yönelik “Afrika Birliği” sözleşmesinin, “Cenevre Sözleşmesi” Ek Protokolden ana farklılıklarını ortaya koyabilmek için ilk olarak silahlı çatışma türlerinin açıklanması gerekir. Buna göre çatışma kavramı, uluslararası hukukta “uluslararası nitelikte silahlı çatışma” ve “uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma” olarak ikiye ayrılmaktadır. Daha önceleri bir çatışmanın uluslararası olabilmesi için “*silahlı müdahaleye yol açan en az iki devlet arasındaki bir çatışma*” gerekirken kabul edilen yeni yaklaşıma göre; bir devletin diğerine tek taraflı güç kullanması durumunda, silahlı saldırıya uğrayan bir devlet saldırıya karşılık veya cevap vermemiş olsa dahi sadece tek taraflı bir saldırı durumunda “uluslararası nitelikte bir silahlı çatışmanın” varlığının kabul edileceği belirtilmiştir.²⁸ Buna göre uluslararası nitelikteki bir silahlı çatışmanın varlığını iki koşul belirlemektedir. İlki çatışmaya taraf olan aktörlerin “devlet” olmasının gerektiği, ikincisi ise çatışmanın “silahlı” olmasıdır. Buna göre çatışmanın süresi,

²⁷ Top, s. 301.

²⁸ Clapham, Andrew. “The Concept of International Armed Conflict”, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Ed. By A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassöli, 2015, s. 25.

yoğunluğu ve ülke sınırları içerisinde cereyan ettiğinin pek önemi bulunmamaktadır. Dolayısıyla, uluslararası nitelikte bir çatışma, bu çatışmaya taraf devletin kendi ülkesinde, uluslararası sularda veya uluslararası hava sahasında olabilmektedir. “Uluslararası nitelikte olmayan silahlı çatışma” ise Uluslararası Ceza Mahkemesi'nin (UCM) 1998 tarihli Roma Statüsünde madde 8 (2) (f)'de yer alan düzenlemeden yola çıkılarak bir devlet ülkesi sınırları içerisinde “*hükümet güçleri ve örgütlü silahlı gruplar ya da böyle grupların kendi aralarındaki uzamış-süreğiden silahlı şiddet*” olarak kabul edilmektedir.

Ek I Nolu Protokoldeki paralı askerliğe yönelik düzenlemeler karşılaştırıldığında “Afrika Birliği” sözleşmesinin çok daha gerçekçi ve ileri seviyede olduğu görülmektedir. Ayrıca bireysel seviyede paralı askerlere yoğunlaşmak yerine paralı askerleri kullananlara, istihdam edenlere ve silahlı çatışmayı para ile finanse edenlere ilk defa yer vermekle “Afrika Birliği” sözleşmesi önemli düzenlemeler içermektedir. En önemlisi ise çatışma türlerine bakılmaksızın paralı askerliğe yönelik kuralların uygulanabilmesidir. Neticede “uluslararası olmayan çatışmalarda”, paralı askerler, çatışmalarda doğrudan yer alan muharip askerlerle aynı haklara ve yükümlülöklere sahip kabul edilmektedir. Örneğın, iç savaş durumundaki çatışmalarda hukuken hiç kimse muharip statüsü kazanamaz. Bu durumlarda ülkesinde silahlı çatışma olan devletin egemenliğı altında çatışma yaşandığından dolayı ulusal ceza hukukuna göre değerlendirme yapılması gerektiğı kabul edilmektedir. Ayrıca belirtmek gerekir ki doğrudan paralı askeri tanımlayan her iki sözleşmeye göre de belirtilen şartların tümünü sağlasa bile paralı askerler yalnızca bir silahlı çatışmaya düşmanca katıldıkları için yargılanabilirler. Paralı askerlerin muharip haklarından faydalanamayacağı kabul edilirken yararlanabilecekleri tek güvencenin ulusal yasalara ve uluslararası insancıl hukuka göre asgari garantiler olduğu kabul edilmektedir.²⁹

1.5. Paralı Askerlerin Kullanılması, Finanse Edilmesi ve Eğitilmelerinin Yasaklanmasına Dair BM Sözleşmesi

1977 tarihli Ek I Nolu Protokoldeki paralı askerliğe yönelik düzenlemelerin eksikliği karşısında 1989 tarihli “*Paralı Askerlerin*

²⁹ Petereyans, Manuel. *The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict*, Master Thesis for the Study Program. 'Master of Law' Faculty of Law, University of Ghent, 2016, s.48.

Kullanılması, Finanse Edilmesi ve Eğitilmelerinin Yasaklanmasına Dair BM Sözleşmesi” ile paralı askerlik kapsamında yer alabilecek tüm faaliyetler yasaklanmıştır. Sözleşme ile ayrıca paralı askerleri istihdam eden, finanse eden veya eğiten kişilerin cezai sorumluluğunun doğduğu kabul edilmiştir. Sözleşmeye taraf devletler kendi ülkelerinde bulunan ve paralı askerlik bağlamında yasaklanmış davranışlarda bulunmakla suçlanan şahısları ya bizzat yargılamak ya da yargılanmak üzere ilgili devlete iade etmekle yükümlü tutulmuştur. 1989’da imzalanan, 2001’de yürürlüğe giren bu sözleşmeyi imzalayan halen 35 ülke olmasına rağmen, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) üyesi ülkeler ile güçlü ordulara sahip büyük devletlerin imzalamamasından dolayı tam olarak etkili olmadığı ve sonuç vermediği görülmektedir.

BM’nin öncülüğünde hazırlanan bu sözleşme ile “paralı askerlik” yasaklı bir fiil olarak tanımlanmış ve paralı askerler silahlı çatışmalarda muharip statüsünde görülmemiştir. Ancak unutulmamalıdır ki muhariplik statüsünün kazanılması, çatışma taraflarından birinin silahlı kuvvetlerine mensup olmaya veya milis kuvvetlerinin ya da gönüllü birliklerin mensubu olarak çatışma tarafının yanında yer almaya ve öngörülen şartları taşımaya bağlıdır. Uluslararası düzenlemelerde, bir devletin paralı veya parasız amaçla olsun silahlı kişileri, kendi silahlı kuvvetlerine dâhil etmesi için yapılması gerekenlere ilişkin herhangi bir bağlayıcı kural öngörülmemiştir. Bu nedenle, bir devletin silahlı kuvvetlerinde yer alabilmek için gerekli şartları belirleyecek olan devletin iç hukuk düzenlemeleri ve silahlı kuvvetlere katılmak isteyen şahsın iradesidir.³⁰ O halde her zaman paralı askerleri kendi ordu teşkilatına dahil ederek onları muharip kabul etme hakkı ve yetkisinin devlete ait olduğu ancak devletin bu şekilde içinde dahil ettiği kişilerin eylemlerinden sorumlu olacağı düzenlenmiştir.

BM’nin bu sözleşme öncesinde paralı askerliğe ilişkin net bir tutum takınmak için 1970’de kabul edilen “Devletler arasında Dostça İlişkiler ve İşbirliğine İlişkin Uluslararası Hukuk İlkeleri Bildirgesi”nde: *“Her Devletin, başka bir Devletin toprağına saldırı amacını taşıyan, paralı askerler de dahil olmak üzere, düzensiz güçler ya da silahlı grupları örgütlemek veya örgütlenmelerini teşvik*

³⁰ Topal, s.993.

etmekten kaçınma yükümlülüğü vardır” ilkesi benimsenmiştir.³¹ Bu ilkenin gereği olarak tüm BM üyesi devletlerin, paralı askerlik üzerinden diğer bir ülkeye karşı saldırının sorumluluğuna işaret edilmiştir. Dolayısıyla bir devlet adına veya onun menfaatine girilen her askeri eylemde ilk önce ilgili devletin sorumluluğuna işaret edilmesi gerekmektedir. Ancak BM’nin bir organı olan Uluslararası Adalet Divanı’nın 2007 tarihli “Bosna Hersek, Sırbistan arasında Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması davası” yargılamasında verdiği kararda, BM’nin bu anlayışı terk edilerek silahlı güçlerin verdiği zararlarda devlete bir sorumluluk yüklenebilmesi için silahlı güçlerle ilgili devlet arasında tam bir bağımlılık ilişkisi (*complete dependence*) olması gerektiği vurgulanmıştır. Bu şekildeki bir yorumun özellikle paralı asker kullanan ve bu kişilerle resmi bir bağı reddeden devletler için sorumluluk yüklenilmesini tamamen zorlaştırdığı görülmektedir. Ancak Ruanda Uluslararası Ceza Mahkemesi Dava Dairesinin baktığı “Museme davasında”, özel askeri şirket personelinin her ne kadar savaş amacıyla dahi silahlı çatışmalarda bulunmasa da işledikleri suç teşkil aykırı fiillerinden kaynaklı olarak uluslararası ceza yargısının konusunu oluşturacağını belirleyerek, işlenecek savaş suçlarında dolaylı olarak paralı askerlerin bireysel sorumluluğunu da kabul etmiştir.

2. BİREYSEL PARALI ASKERLİK YERİNE ÖZEL ASKERİ ŞİRKETLERDE PARALI ASKERLİĞİN YAYGINLAŞMASI VE HUKUKİ SORUNLARI

Soğuk Savaş dönemi ve sonrasında sıkça rastlanıldığı üzere, artık bireysel seviyede paralı askerlik uygulamasına değil özünde paralı askerlik sistemini barındıran özel askeri şirketler sistemine geçildiği ve kişilerin bir şirket veya örgüte bağlı şekilde paralı askerliği yürüttüğü görülmektedir. Bu durum devletlerin, kişilerin ve uluslararası örgütlerin silahlı çatışmalarda özel askeri şirketlerden faydalanma oranlarını arttırmıştır. Böylece özel askeri şirketler eliyle paralı askerlik önemli bir hizmet sektörü haline gelmiştir.³² Kısaca modern paralı askerliğin yeni yüzü askeri

³¹ “Declaration on Principles Of International Law Concerning Friendly Relations And Co-Operation Among States In Accordance With The Charter Of The United Nations”, <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> (Erişim tarihi: 04.05.2022)

³² Mcfate, Sean. *The Modern Mercenary, Private Armies and What They Mean for World Order*, Oxford University Press, 2014, s.22.

şirketlere bağlı olarak sözleşme karşılığında savaş alanlarında kiralanmış asker şeklinde görev yapmaya dönüşmüştür. Dolayısıyla günümüzde özel askeri şirketler yasaklı olan paralı askerlik faaliyetini örtülü şekilde gerçekleştirmenin adı olmuştur.

2.1. Özel Askeri Şirketlerin Paralı Askerliğin Yerini Alması

Günümüzde bireysel seviyede paralı askerliği açıklamak yerine şirketleşmiş paralı askerliği ortaya koymak daha anlamlıdır. Modern anlamda paralı askerlik sisteminin ifade eden özel askeri şirket uygulamasının ilki, 1965’de “WatchGuard International” adıyla İngiltere’de kurulmuştur. Günümüzde ise sayıları binleri aşan bu tür şirketlere Dünyanın birçok ülkesinde rastlanır olmuştur. Özel askeri şirketler arasında en bilinenler; Executive Outcomes of South Africa (1989’da Güney Afrika’da kurulmuş daha sonra İngiltere merkezli olmuştur), Sandline International (1997’de kurulmuş İngiltere merkezli), 1997’de ABD merkezli kurulan Blackwater (adı daha sonra Xe ve Academi olarak değişmiştir) ve 2014 yılından itibaren ortaya çıkan Rusya kaynaklı Wagner Grup sayılmaktadır.³³ BM gibi uluslararası örgütler dahi bu tür askeri şirketlerden hizmet almaya başlamıştır. Örneğin BM, özellikle Afrika’da British Sandline’ın bölgedeki uzmanlığını dikkate alarak, yürütülen barışı koruma operasyonlarda bu şirketi etkili bir şekilde kullanmak istemiştir. BM’nin bu şekilde hizmet alımı, doğrudan operasyon yürütecek ve çatışmaya girecek muhariplik hizmeti şeklinde değil, bu şirketlerin ayrıca sağladığı taktik ve strateji hizmeti alınmasına yöneliktir.³⁴ Dolayısıyla tarihteki geleneksel paralı askerlik sisteminin yeni dönemde özel askeri şirketlere dönüşerek yeniden ortaya çıktığı ve tüm dünyaya yayıldığı görülmüştür. Ancak operasyonel anlamda özel askeri şirketlerin adının duyulması ilk olarak Irak’ın işgali sürecinde ABD merkezli Blackwater şirketi ile olmuştur.³⁵ Özel askeri şirketler, paralı askerliğin yeni bir formunu da aşarak uluslararası hukuku geçersiz kılmaya çalışan devletler açısından yeni “düzensiz ve sorumsuz ordu” yöntemini temsil etmeye başlamıştır. Data on Armed Conflict and Security (DACs) isimli bir kuruluşun özel askeri şirketlerin özellikle sorunlu ve istikrarını kaybeden başarısız

³³ Öztürk, s.17-20.

³⁴ Venter, Al. J. “War Dog Fights Other People’s War The Modern Mercenary in Combat”, *CASEMATE*, 553-554, 2006, s.556.

³⁵ Öztürk, s.80.

devletler nezdinde kullanımını araştırdığı bir rapora göre; sadece 1990-2007 yıllarını kapsayan 17 yıllık dönemde; dünyada görülen 296 hükümet darbesinin, 195'inde müdahalede bulunan devletin kendi ordusu iken tek başına özel askeri şirketler eliyle tüm hükümet darbelerinin oranının %24, devlet ve özel askeri şirketlerin birlikte yaptığı askeri müdahalelerin oranının ise %37 olduğu belirlenmiştir. Buna göre özel askeri şirketlerin hükümet darbesi yaşanan ülkelerde rejim değiştirme de dahil olmak üzere askeri müdahalelerdeki oranının %61 olduğu ve bunun kaygı verici derecede önemli olduğu görülmektedir.³⁶

Özel askeri şirketler eliyle paralı askerleri kullanarak başka ülkelerde askeri operasyonlar düzenleyerek o ülkeleri istikrarsızlaştırma konusunda ABD öncü rolünü özellikle Nikaragua'da göstermiştir. Nikaragua (Sandinista) yönetimi ülkesinde ABD'nin desteklediği karşı askeri güçlerle mücadelede başarısız olunca, Uluslararası Adalet Divanı'na ABD aleyhine, iç işlerine karıştığı ve güç kullandığı gerekçesiyle askeri veya yarı askeri faaliyetleri üzerinden tazminat talebiyle başvurması üzerine ilk defa paralı askerlerle ilgili kararlar verilmiştir. 1986 yılındaki Nikaragua Davası'nda Uluslararası Adalet Divanı, 3'e karşı 12 oyla, ABD'nin 1983 - 1984 yıllarındaki Nikaragua hükümetine muhalif olan güçlere (kontra) silah, eğitim, donanım ve finans desteği verdiğini, bu destekle birlikte Nikaragua Cumhuriyetine karşı kuvvet kullanımı içeren müdahalelerde bulunarak bir uluslararası hukuk teamülü kapsamındaki "başka devlete karşı kuvvet kullanmama" yükümlülüğünü ihlal ettiğini ve Nikaragua'nın iç işlerine karışarak bağımsızlığına zarar verdiğini karar vermiştir.³⁷ Nikaragua davasına ilişkin UAD kararına göre, başka bir ülkeye silahlı saldırının bir devletten doğrudan veya dolaylı bir şekilde gelmesi gerektiği açıkça belirtilmekte ve bir saldırının arkasında devlet olmadığı veya devlet-dışı aktörler tarafından gerçekleştirildiğinde meşru savunmanın doğmayacağını belirtmiştir. Devlet dışı yapılara düşük yoğunlukta şiddete başvurmak için bir teşvik unsuru olarak yorumlanan bu kararın özel askeri şirketler başta olmak üzere terör örgütleri ya da

³⁶ DACS (Data on Armed Conflict and Security), Private Security Database, 2016, <https://www.conflict-data.org/psd/index.html>, (Erişim tarihi: 20.04.2022)

³⁷ Yılmaz, Eren Alper, İrk, Orhan. "Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu", *Cbü Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, 2015, s.157.

paramiliter grupların faaliyetlerini meşrulaştıracağı ve uluslararası politika genelinde şiddeti tırmandıracağı ileri sürülmüştür.³⁸ Divan, “silahlı saldırı” kavramının sadece silahlı birliklerce kullanılan eylemlerden ibaret olduğunu, muhalif güçlere bir devletin silah, lojistik yahut başka tür destekler sağlanmasını kapsamadığını ifade ederek aynı zamanda paralı askerliğin bireysel olmaktan öte şirketler eliyle meşrulaştırılıp genişlemesine de yol açmıştır. Paralı askerliğin özel askeri şirketler eliyle yürütülmesi ve bu konuda tam bir önleyici mekanizma kurulmamasının sebeplerinden biri olan UAD’nin 1986 tarihli Nikaragua Davası kararında, özel askeri şirketlerin uluslararası silahlı çatışmalarda askeri destek sunma hizmetlerinin, herhangi bir yasal olmayan durum barındırmadığı, silahlı çatışma sahasında düşman kuvvet sayılmayacağı belirtilmiştir.³⁹ Bu yönüyle 1949 Cenevre Konvansiyonu Ek I Protokolü bağlamında da özel askeri şirketlerin düşman kuvveti sayılmayacağı ileri sürülmüştür. ABD’nin etkisiyle alınan UAD kararının zaman içerisinde gerçekçi olmadığı ve bu kararıyla, UAD’nin özel askeri şirketlere iki tür meşruiyet kazandırdığı görülmektedir. İlk olarak UAD, bu şirketlerin silahlı çatışmalardaki statüsünü “muharip” olarak tanımlamayı her hangi bir çatışmada düşman ateşinden korunma hakkı ile faaliyetlerine yasal statü kazandırmıştır. İkinci olarak ise “meşru müdafaaada orantılılık ilkesi” çerçevesinde bu şirketlere çatışma bölgesinde silahlı saldırılara silahla karşılık verme hakkını kazandırmıştır. Bu şirketlerin silahlı çatışma bölgesinde bulunmaması gerektiğini ilk olarak sorgulamak yerine UAD, herhangi bir silahlı saldırıya maruz kalan veya buna gereke gösteren özel askeri şirketlerin, sözleşme tarafı devletlere sundukları askeri destek hizmetlerini kendi korumaları için kullanabilecekleri ve belirli ölçüde silahlı çatışmanın aktif bir tarafı haline gelmelerinin önünü açmıştır.⁴⁰ Bu kararın da etkisiyle özel

³⁸ Reisman, W. Michael. “Allocating Competences to Use Coercion in the Post-Cold War World: Practices, Conditions and Prospects”, *Law and Force in the New International Order*, Lori Fishler Damrosch & David J. Scheffer, (eds.), Westview Press.1991, s. 38-40.

³⁹ Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, International Court of Justice, Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 09.04.2022)

⁴⁰ Öztürk, s.147.

askeri şirketler, silahlı çatışmalarda daha çok boy göstermeye başlamışlar ve devletlerin güç kullanma tekeline ortak olmuşlardır.

Özel şirketler eliyle sorumsuz ve kontrolsüz bir hale dönüşen paralı askerlik uygulamasının birçok hukuk dışı eyleme kaynaklık ettiği görülmeye başlamıştır. Paralı askerlerin ve onların bağlı olduğu özel askeri şirketlerin buldukları ülkede işledikleri suçlara ilişkin cezalandırmaları, uluslararası hukuk kurallara göre değil genellikle şirketlerinin bağlı buldukları devletin inisiyatifine ve iç yasalarına göre olmuştur. Örneğin 2006'daki bir olayda, CIA yönetimine bağlı faaliyet gösteren bir paralı asker olan David Passaro, Afganistan'da bir sivilin öldürülmesi olayının faili olarak yargılanmış ve 11.5 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır.⁴¹ 2007'de Irak'taki Nisur Meydanı vakasında 17 sivilin öldürülmesi olayında silahlı saldırıda bulunan beş "Blackwater" şirketi paralı askeri, ABD'nin iç yasası olan "Sınır Ötesi Askeri Yargılama Yasası" düzenlemelerine bağlı olarak yargılandıkları halde haklarında delil yetersizliği nedeniyle ciddi bir ceza verilmemiştir.⁴² Ayrıca onlarca Iraklı sivil karşı işlenen suçlara ilişkin hafif cezalar verilen dört askeri şirket çalışanı da ABD başkanı Donald Trump'ın Başkanlık görevinin bitimine aylar kala affa uğramıştır. Trump'ın bu kararı "BM Paralı Askerlerin Kullanımına İlişkin Çalışma Grubu" tarafından uluslararası yükümlülüklerin ihlali anlamına geldiğinden şiddetle kınanmıştır.⁴³

2.2. Özel askeri Şirketlerin Hukuki Statüsüne İlişkin Çözüm Arayışları

Devletin güç kullanma, askeri güç oluşturma hak ve yetkisini herhangi bir uluslararası hukuk kuralı olmadığı halde günümüzde fiili olarak devralmış gözükken özel askeri şirketlerin hukuki statüsü, uluslararası hukuk sorumluluğu, insan hakları sorumluluğu uluslararası düzende tamamen boşluktadır. Bu şirketleri hiçbir yapı, kurum ve merci denetleyememektedir. Bu şirketlerin kontrolsüz şekilde bireysel paralı askerliğin yerini

⁴¹ Jansen, Jaime. Federal Jury Reaches Partial Verdict in CIA Contractor Detainee Abuse Case, *Jurist*, August 17, 2006.

⁴² Cotton, S. K., Petersohn, U. *Hired Guns Views About Armed Contractors in Operation Iraqi Freedom*, RAND Corporation, 9-10, 2010, s.16.

⁴³ Apuzzo, Matt. Blackwater Guards Found Guilty in 2007 Iraq Killings, *New York Times*, <https://www.nytimes.com/2014/10/23/us/blackwater-verdict.html>, (Erişim Tarihi: 11.04.2022)

almasını ve giderek çoğalmasını doğuran sebepleri üç ana gerekçeye dayanmaktadır. Soğuk Savaş sonrası orduların küçülmesi ile ortaya çıkan yetişmiş askeri personelinin iş ihtiyacı bu şirketleri parlatmış akabinde serbest piyasa ekonomisinin getirdiği özelleşme dalgası bu gelişmeyi desteklemiş ve son olarak ABD, İngiltere, Rusya gibi büyük güçlerin gelişmekte olan ülkelere doğrudan müdahalelerdeki isteksizliği üzerine bu şirketleri paravan olarak kullanmak daha geçerli kabul edilmiştir.⁴⁴ Ancak uluslararası kamuoyunda ve hukuki tartışmalarda, özel askeri şirketlere ilişkin ciddi görevi kötüye kullanma raporlarının artması üzerine, bu şirketlerin aslında paralı askerliğin yeni yüzü olduklarını ve yasaklanmaları gerektiğini ifade edilmeye başlanmıştır.⁴⁵ Bunun üzerine “BM İnsan Hakları Komisyonu” 2005 yılında paralı askerlerin insan hakları ihlalini ve halkların kendi kaderini tayin hakkını kullanılmasının önüne geçmesini engellemek amacıyla “BM Paralı Askerlerin Kullanımı Çalışma Grubu”nu kurmuştur. Bu grubun 2007 yılı raporunda, özel askeri şirketler ile ilgili “*paralı askerlik kavramının bir türü*” ve Cenevre Sözleşmesini baz alarak “*illegal muharip gruplar*” olduğu şeklinde görüş açıklanmış ve bu şirketlerin çatışma alanlarında bulunmalarının yasaklanması gerektiği açıklanmıştır. ABD ise açıklanan rapordaki bu kararı tanımadığını bildirmiştir.⁴⁶

Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun 60/251 sayılı kararıyla, 2006 yılında “BM İnsan Hakları Komisyonu” yerine “İnsan Hakları Konseyi” kurulmuş ve 2008’de BM İnsan Hakları Konseyi’nin raporunda üye devletlerin özel askeri şirketlerinin temel insan hakları standartlarına uygun hareket etmesi gerektiği ve özel askeri şirketlerin statülerine dair düzenleyici bir mevzuatın gerekliliği konusunda ortak bir kanaat oluşturulmuştur. 2010 yılında İnsan Hakları Konseyi’nin hazırladığı çerçeve bir düzenleme yapılmış ve bu düzenleme ile devletlerin sorumluluğu,

⁴⁴ Singer, Peter W. “The Private Military Industry And Iraq: What Have We Learned And Where To Next”, *Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (Dcaf) Policy Paper*, 2004, s.2-3.

⁴⁵Gaston, Erica. “Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Vol: 49, No: 1, 2008, s. 228.

⁴⁶Higgins, Alexander G. “US Rejects UN Mercenary Report”, USA Today, https://usatoday30.usatoday.com/news/world/2007-10-17-3392316246_x.htm, (Erişim Tarihi: 01.05.2022)

özel askeri şirketlerin faaliyetlerinin kapsamı ve insan haklarının korunmasına dair bir taslak sözleşme (İnsan Hakları Konseyi'nin Değerlendirmesi ve Eylemine İlişkin Özel Askeri ve Güvenlik Şirketleri Sözleşmesi Taslağı) ortaya çıkarılmıştır. Ancak oluşturulan bu taslak sözleşme BM'deki hâkim güçlerin engellemesi ile hiçbir zaman bağlayıcı bir hukuk kuralına dönüşmemiştir.⁴⁷ Taslak Sözleşme'nin "Özel askeri şirketlerin ve alt yüklenicilerinin faaliyetlerini düzenlemek" olarak ilan edilen ana amacı, prensipte bu firmaların yasallığı olarak kabul edilmiştir. Taslak sözleşmeye göre paralı askerlik uygulamasını örtmek ve sorumluluktan kaçınmak adına özel askeri şirketleri kullanan devletlerin özel askeri şirketlerin faaliyetlerinden doğrudan sorumlu olacağına, Devletlerin özel askeri şirketlerin eylemlerinde uluslararası insancıl hukuka uygunluğun garantörü olması gerektiğine, Devletlerin hizmet aldıkları özel askeri şirketlerin çatışmalara herhangi bir şekilde katılım göstermeyeceğinin hukuki ve teknik önlemini almakla yükümlü olduğuna ve Devletlerin ulusal kanunlarında özel askeri şirketlere yönelik düzenlemeler yapmak zorunda olduğuna dair düzenleyici kuralların bağlayıcı hale gelmesi BM'yi kontrol eden hakim güçler tarafından engellenmiştir. BM tarafından ayrıca özel askeri şirketlerin paralı askerlik faaliyeti dışındaki yardımcı ve destekleyici faaliyetlerinin de gerekli ve ihtiyaç olduğu görüşü ileri sürülmüştür. Ancak diğer bir görüşe göre; özel askeri şirketleri meşrulaştırma amacı taşıyan bu taslak sözleşme hâkim güçlerin doğrudan niyetine hizmet etmektedir. Taslak Sözleşme, resmi BM söyleminin ve paralı asker tanımının dönüşümünün sonuçlarını ortaya koymuştur. İlk olarak paralı asker kavramını, ikinci olarak ise paralı askerlik faaliyeti kavramını geri plana iterek ve bu kavramların yerine özel askeri şirketleri ve onları devlet işlevlerini üstlenmesini sağlayarak, 1989 tarihli BM Sözleşmesinin uygulanmasını boşa çıkarmakla kalmamış, aynı zamanda 'iyileştirilmiş' devlet düzenlemesi yoluyla para için çatışmalarda silahlı güç satan kişilere ve şirketlere meşruiyet sağlamaya çalışmıştır.⁴⁸ "BM Paralı Askerlerin Kullanımı Çalışma Grubu" ise en son 2020 yılında yapılan son oturumunda özel askeri şirketlerin ve paralı askerlerin göç ve sınır

⁴⁷ Öztürk, s.128.

⁴⁸ Kırmızıgül, Niyazi. *Özel Askeri Şirketlerin Meşruiyet Sorunu*, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021, s.56.

yönetimindeki rolünü ve göçmen haklarının korunması üzerindeki etkisini ele almıştır.⁴⁹

Paralı askerleri istihdam ederek çatışma bölgelerinde kullanan özel askeri şirketlerin hukuki sorumluluğuna ilişkin uluslararası bir metin henüz bulunmamaktadır. Buna rağmen 2008 tarihli Uluslararası Kızılhaç Komitesi (ICRC) tarafından içlerinde ABD, İngiltere, Çin ve Ukrayna'nın da yer aldığı 17 ülkenin katılımı ile hazırlanan '*Uluslararası Hukuki Gereklilikler ve İyi Uygulamalar*' adlı Montrö Belgesinde, doğrudan özel askeri şirketler kavramından bahsedilerek, bu şirketlerin, kurulduğu ülkelerin ve şirketlerin faaliyet yürüttüğü ülkelerin uluslararası insancıl hukuka uymasının gerekliliği vurgulanmıştır.⁵⁰ Halen 54 ülkenin desteklediği ve "İsviçre inisiyatifi" olarak da adlandırılan ve ayrıca AB Venedik Komisyonunun da, Avrupa Konseyi'nden katılım konusunda tavsiyede bulunan ancak herhangi bir bağlayıcılığı bulunmayan Montrö Dokümanının birinci bölümde; taraf devletlere uluslararası insancıl hukuk kapsamındaki yükümlülükleri hatırlatan düzenlemelerle, özel askeri şirketlerin yapıları ve personellerinin sorumluluğuna dair kurallar belirlenmiştir. İkinci bölümünde ise, özel askeri şirketlerin silahların ve silahlı hizmetlerin düzenlenmesi için şeffaf rejimlerin oluşturulması, şirketlere ruhsat verilmesine ilişkin şartlar ve denetim ile paralı askerliği kullanan şirketlerin hesap verebilirliğini geliştirmek için önlemler alınması belirtilmiştir.⁵¹

Diğer yandan resmi nitelikte olmasa da İsviçre Dışişleri Bakanlığı, Cenevre Silahlı Kuvvetlerin Demokratik Kontrolü, Cenevre Uluslararası İnsancıl Hukuk ve İnsan Hakları Akademisi'nin katılımları, Amerikan ve İngiliz hükümetlerinin de desteğiyle oluşturulan Uluslararası Davranış Kuralları Derneği (ICoCA) tarafından topluluğa üye olacak özel askeri şirketler için "Global Code of Conduct for Private Security Service Providers" (Özel Askeri Hizmet Sağlayıcıları için Küresel Davranış Kuralları) adlı

⁴⁹ United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/Callroleprivatemilitary.aspx>, (Erişim Tarihi: 10.05.2022)

⁵⁰ Aslan, Ahmet Salih. "Çatışma Bölgelerinin Yeni Aktörü Özel Askeri Şirketler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 13, Sayı 49, Ocak 2022, 115-140, s. 124.

⁵¹ Top, s.308.

kurallar 2010 yılında yayınlanmıştır. Bu şekildeki oluşumlar eliyle bu alandaki hukuk kurallarındaki boşluğu meslek uygulama ilkeleri gözetilerek nispeten doldurulmaya çalışılmaktadır. Ancak bu belgelerle görülmektedir ki paralı askerliği ticarileştiren özel askeri şirketler ile ilgili “meşruluk” tartışması hakim uygulayıcı güçlerinde etkisi ile artık geride kalmakta ve paralı asker kategorisinde değerlendirilmesi mümkün olmayan türde yeni özel askeri şirketlerin küresel dünyanın bir gerçeği olarak kabul edilmesi gerektiği Dünyaya kabul ettirilmeye çalışılmaktadır.⁵²

2.3. Özel Askeri Şirketlerin Bireysel Paralı Askerliği Küresel Paralı Savaşlara Dönüştürmesi

Özel askeri şirketler yerel ve bölgesel çatışmalarda edindikleri tecrübe ve kazanımları daha da artırarak gelecekte küresel bir güç olmaya evrilmeye başlamıştır. Nitekim büyük devletlerin kamuoyunda özel askeri şirketleri paralı askerlerden ayıran farklılıklar olduğu, bu tür şirketleri paralı askerlikten ayırmak gerektiğine ilişkin görüşler gün geçtikçe daha çok ileri sürülmeye başlamıştır. Bu görüşlere göre, paralı askerler büyük ölçüde geçici veya özel amaçlı gruplardan oluşurken, özel askeri şirketlerin kalıcı kurumsal yapıları bulunmaktadır. Ayrıca paralı askerlik bireysel, kısa vadeli kazançla, özel askeri şirketler ise kurumsal karla motive edilmektedir. Diğer yandan paralı asker olmanın uluslararası suç olarak kabul edildiği düşünüldüğünde, paralı askerlikte kişiler genellikle gizlice işe alınır. Özel askeri şirketlerin ise işe alımı kamuya açık ve yasaldir. Ayrıca paralı askerler, yalnızca muharip olarak faaliyet gösterirken, özel askeri şirketleri tarafından sunulan hizmetler lojistik destek, koruma vb. görevleri de içermektedir. Bununla birlikte özel askeri şirketler küresel olarak rekabetçi bir pazarda faaliyet gösterirken paralı askerlik ise, hukukun çok fazla uygulanmadığı belirli bölgelerde faaliyet gösterme eğilimindedir. Son olarak, özel askeri şirketler için şeffaflık, karlılığı etkileyebilecek veya etkilemeyecek bir durum kabul edilirken; paralı askerlikte ise askeri operasyonlar neredeyse tamamen gizlilik içinde gerçekleştirilmektedir.⁵³ Paralı askerlikle birlikte anılmamaya ve paralı askerlikten farklı olduğunu kendini

⁵² Kırmızıgül, s.57.

⁵³ Tkach, Benjamin. *Corporate Security and Conflict Outcomes*. Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy, Office of Graduate and Professional Studies of Texas A&M University, 2013, s. 16.

göstermeye çalışan özel askeri şirketlerin en çok kullandığı savunmalardan biri de özel askeri şirketlerin “Çatışmanın bir tarafının silahlı kuvvetlerine mensup olanlar” olarak bilinen geniş muhariplik kavramını suiistimal etmeleridir. Bu şirketler doğrudan savaşan taraflara dahil olmadıklarını, sıcak çatışmalara girmediklerini ancak taktik ve lojistik destek, teknik danışmanlık, personel ve silah eğitimi içeren birlik yetiştirilmesi, tesis ve konvoy koruması, köprü, karakol gibi askeri yapıların inşası, araç ve silahların temin edilmesi ve ikmal vb. muharebe destek veya muharebe hizmet destek faaliyetlerinde bulduklarını ileri sürmektedirler. Ancak tüm personelini çatışma bölgelerine gönderirken silahlı şekilde donatan, bazı operasyon bölgelerinde helikopter dahil hava araçlarına ve ağır topçu silahlarına, teknolojik muhabere imkân ve kabiliyetlerine, gelişmiş arama ve tespit sistemlerine sahip olduğu görülen özel askeri şirketlerin bu türden savunmalarının uluslararası hukukta bir karşılığı bulunmadığı gibi yeni gelişmeler özel askeri şirketleri paralı askerliği küresel bir ticari alana dönüştürmek üzere olduğunu göstermektedir.

Her geçen gün çoğalan ve pazar payı artan özel askeri şirketler, savaşın ticaretinde en ön safa yerleşmişler ve kendi aralarında kamuoyu karşısında birlik oluşturmaya başlamışlardır. Nitekim 2001 yılında ABD’de on iki özel güvenlik şirketi bir araya gelerek Washington merkezli “Uluslararası Barış Operasyonları Birliği” adı altında bir örgüt kurmuş, benzer şekilde İngiliz özel askeri şirketleri 2006 yılında İngiliz Özel Güvenlik Şirketleri Birliği (BAPSC) adıyla kendi birliklerini kurmuşlardır.⁵⁴ Savaş ticaretini tekeline alan özel askeri şirketler, her geçen gün karlılıklarını daha artırmışlardır. Sadece ABD menşeli özel askeri şirketlerin paralı askerliği de içerek şekilde savaş ticaretinden elde ettikleri yıllık kazançları incelendiğinde, 2011’den 2019’a kadar yıllık gelir ve net karlarını sürekli arttırdıkları görülmektedir. Bazı şirketlerin yıllık gelirlerinin milyarlarca dolara ulaştığı (Örneğin G4-S şirketi 12 milyar dolar, Securitas şirketi 10 milyar dolar, Booz Allen Hamilton şirketi 6,7 milyar dolar, Prosecur ırketi 4,9 milyar dolar, Caci int. Şirketi 3,8 milyar dolar, ADT şirketi 3,1 milyar dolar, Dyncorp şirketi 2,1 milyar dolar, Allied Barton şirketi 1,9 milyar dolar, Gardaworld şirketi 1,2 milyar dolar ve Aegis Defence şirketi 1-5

⁵⁴ Kırmızıgül, s.34.

milyar dolar) görülmektedir. Sadece adı verilen bu ilk on şirketin gelir durumu göz önüne alındığında, özel askeri şirketlerin içinde yer aldığı güvenlik sektöründeki küresel payın yaklaşık 50 milyar dolarlık bölümünün söz konusu on şirket arasında paylaşıldığı ve aynı zamanda ABD'deki en büyük on özel askeri şirkette çalışan paralı asker ve diğer görevliler dahil toplam personel sayısının 1 milyon 400 binin üzerinde ve şu andaki sayısı ile ABD ordusundan daha fazla personele sahip oldukları görülmektedir.⁵⁵ Bu durum uluslararası bağlayıcı hiçbir hukuk kuralı olmadığı halde özel askeri şirketler eliyle geleneksel paralı askerliğin tamamen geride kaldığı ve yerine küresel çapta paralı savaş şirketlerinin geçtiğini göstermektedir.

Neticede para kazanma amacı gözetildiği sürece bireysel veya şirketler eliyle yapılan paralı askerlikte, çatışma ve savaşların hiç bitmemesini hatta gerekirse süresinin uzamasının isteneceğini, çatışmalarda kullanılan silah, mühimmat ve teçhizatın devamlı suretle artırılarak barış ve ateşkesin yerine gerginliklerin devamının talep edileceği düşünülürken Dünyada barış ortamının her geçen gün daha da azalacağı tahmin edilebilir.⁵⁶ Paralı askerliğin alıcısının genelde suç örgütleri, terörist gruplar, başarısız devletler ve devlet dışı diğer bütün aktörler olduğu ve bu şirketlerin potansiyel müşterileri olan paralı askerlerin ve onları çalıştıran şirketlerin, insan hakları ihlallerinden, savaş suçlarına ve daha birçok suçun oluşumunun potansiyel sorumlusu olarak karışabilecekleri sebebiyle paralı askerlik konusu gelecekte uluslararası hukuku tehdit etmeye devam edecektir.⁵⁷

3. RUSYA-UKRAYNA SAVAŞINDA ÖZEL ASKERİ ŞİRKETLERİN PARALI ASKER KULLANIMI VE SORUNLARI

2014 yılında Ukrayna'ya bağlı Kırım'ın işgali sonrasında Uluslararası kamuoyunun yeterli karşılığı vermemesini de dikkate alan Rusya'nın Ukrayna'nın bütünlüğünü hedef alacak şekilde yeni bir savaş başlattığı görülmektedir. Bu savaşı kendince meşru bir

⁵⁵ Keser, Ahmet. *Özel Askeri Şirketlerin Küresel Yayılımı ve Geleceği*, SETA Yayınları, 2020, s.47.

⁵⁶ Paker, Evren Balta. *Küresel Güvenlik Kompleksi: Uluslararası Siyaset ve Güvenlik*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012, s.46-47.

⁵⁷ Beyhan, Yunus. *Özel Askeri Şirket Faaliyetlerinin Küresel Etkileri ve Uluslararası Hukuktaki Yerlerinin İncelenmesi*, Mef Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020, s.60.

savaş olarak nitelendiren Rusya'nın bu iddialarının aksine yapılan bu askeri operasyonun haksız bir saldırı niteliği taşıyıp taşımadığının incelenmesi gerekmektedir.

3.1. Rusya'nın Ukrayna'ya Müdahalesinin Haksız Saldırı Kabul Edilip Edilmeyeceği Konusu

24 Şubat 2022'de Rusya'nın, komşusu Ukrayna'nın sınırlarından içeri girerek başlattığı "askeri operasyonun"; BM Genel Kurulu'nun 1974 tarih ve A/3314 sayılı kararında bir ülkeye yapılacak "haksız saldırı" halleri arasında gösterilen;

"a- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin diğer bir devleti istila etmesi veya ona hücum etmesi veya ne kadar geçici olursa olsun, böyle bir istiladan veya hücumdan ileri gelen herhangi bir askeri işgal veya kuvvet yoluyla başka bir Devletin ilkesinin veya bir bölümünün ilhaki;

b- Bir Devletin silahlı kuvvetlerinin, başka bir Devletin ülkesini bombardıman etmesi veya bir Devletin diğer bir Devletin ülkesine karşı herhangi bir şekilde silah kullanması;

c- Bir Devletin liman veya kıyıların diğer bir Devletin silahlı kuvvetleri tarafından abluka altına alınması;

d- Bir Devletin silahlı kuvvetleriyle başka bir Devletin kara, deniz veya hava kuvvetlerine veya deniz veya hava filolarına saldırması;

e- Bir Devletin başka bir Devlette sonucusuyla yapılan bir anlaşmaya göre bulunan silahlı kuvvetlerinin o anlaşmada öngörülen hükümlere aykırı şekilde kullanılması veya bu silahlı kuvvetlerinin varlığının bu ülkede anlaşmanın sona ermesinden sonra da sürdürülmesi;

f- Ülkesini başka bir Devletin emrine veren bir Devletin, ülkesinin o Devlet tarafından üçüncü bir Devlete karşı saldırı amacıyla kullanılmasına izin vermesi;

g- Bir Devlet tarafından veya bir Devlet adına diğer bir Devlete karşı yukarıda listesi verilen fiillere varan veya o ölçekte olan silahlı kuvvet fiillerini icra eden silahlı çetelerin, grupların, gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi veya bu gibi fiillere önemli ölçüde katılması"

şartlarının tümüne uygunluk gösterdiği ve bu hallerin tümüyle Rusya- Ukrayna savaşında gerçekleştiği ve Rusya'nın Ukrayna'ya haksız saldırı düzenlediği kabul edilebilir. Rusya'nın bu saldırısının BM Antlaşması m.51'de düzenlenen meşru müdafaa koşulları

gözetilerek incelendiğinde Ukrayna'nın haksız saldırı karşısında meşru müdafaa hakkına sahip olduğu da ilgili antlaşmada geçen *"Bu Antlaşmanın hiçbir hükmü, Birleşmiş Milletler Üyelerinden birinin silahlı bir saldırıya hedef olması halinde, Güvenlik Konseyi uluslararası barış ve güvenliğin korunması için gerekli önlemleri alıncaya dek, bu üyenin doğal olan bireysel veya ortak müdafaa hakkına hanel getirmez. Üyelerin bu meşru müdafaa hakkını kullanırken aldıkları önlemler derhal Güvenlik Konseyi'ne bildirilir ve Konsey'in işbu Antlaşma gereğince uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için gerekli göreceği biçimde her an hareket etme yetki ve görevini hiçbir biçimde etkilemez"* düzenlemesinden anlaşılmaktadır. Ayrıca m.3/g'de devletin başka bir devlet adına hareket eden, *"gayri nizami askerlerin veya paralı askerlerin gönderilmesi"* eylemine karşı saldırıya uğrayan devletin ayrıca meşru müdafaa hakkına sahip olduğu da görülmektedir.

3.2. Rusya-Ukrayna Savaşında Özel Askeri Şirketlerin Kullanımı

24 Şubat 2022'de Rusya, komşusu Ukrayna'nın sınırlarından içeri girerek başlattığı savaşın daha ilk günlerinden itibaren her iki taraf adına savaşmak için paralı askerlerin bölgeye sevk edildiği görülmektedir. Paralı askerlerin Ukrayna'da kullanılması sadece bu savaşla ortaya çıkmış değildir. Dünyada paralı askerliğe ve özel askeri şirket kullanımına en çok yatırım yapan devletlerden biri de Rusya'dır. SSCB'nin dağılması sonrası paralı askerlik kurumu ve uygulaması Rusya'da daha çok yaygınlaşmaya başlamıştır. 1990'ların başlarında Yugoslavya ve Moldova'da ve daha sonraları Gürcistan'da ve Arap Baharı ile birlikte Suriye ve Libya'daki çatışmalarda Rus askeri şirketleri eliyle Rusya devletinin bölgesel amaç ve hedeflerine yardımcı olan paralı askerlerin kullanımı artmıştır. 2012 yılında Rusya Başbakanı olan Vladimir Putin'in, Rusya'nın kendisine ait bir özel askeri şirket kurulmasına sıcak baktığını ve bazı çatışma bölgelerine bu şekilde dolaylı müdahalede bulunma imkanını elde edebileceğini açıkça dile getirmesi Rusya'nın özel askeri şirketlere olan ilgisinin artmasına yol açmıştır.⁵⁸ Halen Rusya devletine hizmet eden yirmiyeye yakın farklı özel askeri şirket, başta Ukrayna ve Suriye olmak üzere birçok

⁵⁸ Østensen, Åse Gilje and Bukkvoll, Tor. *Russian Use of Private Military and Security Companies - The Implications for European and Norwegian Security*, CMI, FFI-rapport no. 18/01300, 2018.

çatışma bölgesinde rol almaktadır. Bu şirketlerden özellikle “Cossacks”, 1992’den günümüze kadar Irak, Yugoslavya, Kafkasya, Afganistan, Kırım, Çeçenistan gibi Rusya’nın ilgilendiği tüm çatışma bölgelerinde faaliyet göstermiştir. Bu şirket, Rusya’nın en eski özel askeri şirkettir.⁵⁹ Son yıllarda adı daha çok öne çıkan “Wagner” ise, Rusya’nın politik hedef bölgeleri olan Ukrayna, Suriye, Sudan, Orta Afrika Cumhuriyeti ve Libya gibi ülkelerde faaliyet yürütmektedir. Wagner, Rusya’daki diğer birçok özel askeri şirket gibi emekli bir asker olan Dimitri Utkin tarafından kurulmuştur. Bünyesinde aşırı radikal birçok kişiyi barındıran bu şirket, ilk olarak 2014 yılında Ukrayna’da operasyon yürütmüştür. Rusya’nın Ukrayna’da Kırım’ın işgalinin saha aktörü olarak etkin görevler üstlenmiştir. Wagner, Rusya’dan bağımsız faaliyet yürütmek isteyen Ukrayna yanlısı Luhank Halk Cumhuriyeti (LPR) savunma bakanına suikast düzenlenmesi ve Rusya karşıtı Kazaklara yoğun baskı uygulanması gibi birçok eylemlerde doğrudan etkili olmuştur.⁶⁰ Kırım’ın işgalinde havaalanlarını ele geçiren ve kendilerine “küçük yeşil adamlar” denilen, rütbe ve işaretleri olmadığı halde askeri resmi üniforma taşıyan paralı asker kişilerin Wagner özel askeri şirketinin personeli olduğu belirlenmiştir. Bu kişilerin Ukrayna’nın Donetsk bölgesindeki Horlivka kasabasında polis karakolunun ve bölgedeki bazı resmî kurumların işgalinden ve Ukrayna askerlerinin öldürülmesinden sorumlu oldukları ayrıca Ukrayna’nın Donbass bölgesinde Rusya yanlısı milislerin Ukrayna ordusuna karşı başlattıkları saldırıların içerisinde yer aldıkları iddia edilmektedir.⁶¹ Başta Wagner olmak üzere Rusya’nın sınır ötesi hedeflerini gerçekleştirmek amacıyla Rusya yanlısı özel askeri şirketlerin Suriye’de operasyonel faaliyetlerine halen devam ettiği ve Suriye’deki etkinliği ile Rusya’nın bölge politikalarını gerçekleştirmedeki süreçlerine yaptığı katkısı sebebi ile özellikle Wagner’in, Rusya’nın en etkin özel askeri şirketi haline geldiği bilinmektedir. Nitekim 9 Aralık 2016’da Wagner şirketinin yöneticisi, Kremlin’e davet edilerek, Rusya’nın sınır ötesi politikalarına hizmetlerinden ötürü devlet hizmet ödülüyle taltif

⁵⁹ Bristow, Justin. *Russian Private Military Companies: An Evolving Set of Tools in Russian Military Strategy*, The Foreign Military Studies Office (FMSO), 2019, s.3.

⁶⁰ Sukhankin Sergey. “Continuing War by Other Means’: The Case of Wagner, Russia’s Premier Private Military Company in the Middle East”, *Eurasia Daily Monitor*, 15(60), 2018, s.6-10.

⁶¹ Beyhan, s.50.

edilmiştir. Wagner şirketinin uluslararası alanda etkili olduğu bir diğer bölge olan Venezuela’da Devlet Başkanı Maduro’nun güvenlik, emniyet ve korumasının sağlanması için ayrıca görevlendirildiği de belirtilmektedir.⁶² Wagner’in görevlendirdiği kişilerle görüntüde petrol ve gaz faaliyetlerindeki işlerle sözleşme ilişkisi kurulmuş gibi gösterdiği, bu kişilerin aylık 150.000 ruble (2.650 ABD Doları) kazandığı, ayrıca prim olarak üç aylık dönmelerde bir milyon rubleye kadar kazançlarının olabileceği ifade edilmiştir.⁶³

3.3. Rusya-Ukrayna Savaşında Paralı Askerlerin Hukuki Sorumluluğu

Rusya’nın hedeflerine hizmet eden ve Ukrayna’da operasyon yürüten Wagner dahil tüm özel askeri şirketlerin ülke içerisinde kurulması, paralı askerlik faaliyetinin Rusya’da icra edilmesi aslında Rus Ceza Kanununa göre suç teşkil etmektedir. Dolayısıyla Rusya açısından kendi ülkesinde paralı askerlik ve özel askeri şirketlerin faaliyetleri yasak olduğundan dolayı örneğin “Wagner” Arjantin’de kurulmuş gözükmemektedir. Rusya’nın ceza kanununda paralı askerlik kurumu ve benzeri faaliyetleri suç oluşturan ve cezai yaptırıma tabi yasaklı eylemler arasında gösterilmiştir. Rus Ceza Kanunu md. 208’de yer aldığı üzere; ülke içerisinde herhangi bir biçimde silahlı yapılanma kurmak ve bu yapılara dahil olmak cezai yaptırımlara tabidir. Rusya’da ayrıca “paralı askerlik” suç oluşturan bir fiil olarak Rus Ceza Kanunu md.359’da; *“maddi bir mükafat elde etmek amacıyla hareket eden ve silahlı çatışmalarına veya düşmanlıklarına katıldığı devletin vatandaşı olmayan, topraklarında kalıcı olarak ikamet etmeyen ve resmi görevleri yerine getirmeyen kişi”* olarak tanımlanmıştır. Maddenin devamında; *“Bir paralı askerine işe alınması, eğitimi, finansmanı veya diğer herhangi bir maddi hükmü ve ayrıca silahlı bir çatışma veya düşmanlıkta kullanılması, 4 ila 8 yıl arası hapis cezası”* gerektirirken *“Bir paralı askerine silahlı bir çatışmaya veya düşmanlıklara katılımı, 3 ila 7 yıl arası hapis cezası, gerektiren filler”* arasında kabul edilmiştir. Ancak Rusya, kendi ülkesi içerisinde paralı askerliği suç kabul edip yasaklarken bu amaçla kurulmuş olan özel askeri şirketlerin ülke dışında çeşitli operasyonlara katılmasını ise dikkate almamakta ve

⁶²<https://www.theguardian.com/world/2019/jan/25/venezuela-maduro-russia-private-security-contractors> (Erişim Tarihi: 10.05.2022)

⁶³ Öztürk, s.22.

bu şirketlerle doğrudan resmi bir ilişki kurmamaktadır. Batılı ülkeler “de facto” olarak Rusya’nın özel askeri şirketlerini paralı asker şeklinde kullanarak, çatışma bölgelerinde yer aldığının farkında olsalar da Rusya’nın doğrudan bu şirketlerle bir illiyet bağının kurulamaması, Rusya’nın sorumluluğunu ortadan kaldırmaktadır. Diğer yandan uluslararası hukuk mevzuatında özel askeri şirketlere yönelik bir düzenleme bulunmaması, özel askeri şirketlerin farklı hizmet alanları ile tüm dünyada faaliyet göstermesi, Batılı devletlerin de benzeri durumdan faydalanması sebepleri birlikte düşünüldüğünde Ukrayna bölgesindeki Rusya yanlısı paralı askerlik ve özel askeri şirketlerin faaliyetleri Rusya için bir boşluk ve hareket alanının oluşmasını sağlamaktadır.⁶⁴

Halen paralı askerlerin ve özel askeri şirketlerin operasyon bölgesi durumunda olan Ukrayna’nın, aslında Rusya’da olduğu gibi kendi ceza yasasında paralı askerlik faaliyeti suç teşkil eden bir fiil olarak kabul edilmiş ve cezai yaptırıma tabi tutulmuştur. Ukrayna Ceza Kanununun “Paralı askerlik” başlıklı 447nci maddesine göre:

“1. Silahlı çatışmalarda, anayasal düzeni şiddet uygulayarak değiştirmeye veya yıkmaya, devlet iktidarını ele geçirmeye, devlet yetkililerinin faaliyetlerini engellemeye veya toprak bütünlüğünü ihlal etmeye yönelik askeri veya şiddet içeren eylemlerde kullanılmak üzere paralı askerlerin istihdamı, finansmanı, maddi desteği, eğitimi ve paralı askerlerin silahlı çatışmalarda, askeri veya şiddet içeren eylemlerde kullanılması halinde beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

2. Resmi görevini kullanarak bir kamu görevlisi tarafından işlenen aynı eylemler, mülke el konulması olsun veya olmasın, yedi yıldan on iki yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

3. Bu maddenin 1. veya 2. fıkralarında öngörülen ve bir kişinin ölümü ile sonuçlanan fiiller, on yıldan on beş yıla kadar hapis veya mülke el konulması olsun veya olmasın ömür boyu hapis cezası ile cezalandırılır.

4. Bir paralı askerin silahlı çatışmaya, askeri veya şiddet içeren eylemlere katılması, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

⁶⁴ Öztürk, s.125.

5. Bir paralı asker, cezai sorumluluğu soruşturulmadan önce silahlı çatışma, askeri veya şiddet içeren eylemlere katılmaktan gönüllü olarak vaz geçer ve çatışmaya katılmasına ilişkin önceden bilgi verirse, bu maddenin 4. kısmında belirtilen eylemlerinden dolayı cezai sorumluluktan muaf olacaktır.”

Birçok ülke vatandaşlarının paralı askerlik yapmak üzere Ukrayna'ya gönderildiği ve birçok özel askeri şirketin ise Rus ordusu ile savaşmak ve Ukrayna'ya destek vermek üzere personel topladığı da bilinmektedir. Ancak özellikle Batılı ülkelere gönüllü olarak savaşmaya giden veya kendilerine paralı asker olarak nitelendirilen bu kişilerin daha sonra bağlı oldukları ülkenin vatandaşlığını kaybetme riski taşıdıkları belirtilmelidir. Örneğin İngiltere'de 1870 tarihli “Birleşik Krallık Yabancı Asker Kaydı Yasası” gereğince ülke vatandaşlarının İngiltere'nin savaş ilan etmediği ve barış içinde olduğu ülkelere karşı savaşan yabancı ülke ordularına katılmasını yasaklamaktadır. Aynı şekilde ABD'de 1794 yılında kabul edilen “Tarafsızlık Yasası” gereğince Amerikan vatandaşlarının ABD'nin savaş halinde olmadığı bir yabancı ülkeye karşı savaşmasını yasaklamakta aykırı fiil işleyenlere üç yıla kadar hapis cezası öngörmektedir. Benzeri bir düzenleme Türk Ceza kanununda yer almaktadır. İlgili kanunun 320. maddesinde; *“hükümetin izni olmaksızın bir yabancı veya yabancı devlet hizmetinde veya bunların lehinde çalışmak üzere ülke içinde bulunan vatandaşları asker yazan veya vatandaşları silahlandıran kimseler hakkında”* cezai yaptırım düzenlenmiştir.

Rusya ve Ukrayna arasındaki savaşta, taraflar kendi egemenlik bölgesi kabul ettikleri alanda ele geçirdikleri veya teslim olan paralı askerleri kendi iç hukuklarına dayanarak yargılama ve cezalandırma haklarına sahiptirler. Savaş, Ukrayna topraklarında cereyan ettiğine göre bu hakka Ukrayna devleti öncelikle haizdir. Savaşan herhangi bir devletle emir- komuta ilişkisi ve eylemlerine yönelik illiyet bağı kurulamayan paralı askerlere “savaş esiri” değil “hukuk dışı muhariplik” statüsü verilmesi gerekmektedir. Paralı asker olsun veya olmasın teslim olanların doğrudan infaz edilmeleri, savaş kurallarını hiçe sayarcasına toplu şekilde imha edilmeleri “savaş esiri” sayılmasalar dahi açıkça hukuka aykırı olacaktır. Paralı askerler, kendilerine teslim oldukları veya ele geçiren devletin iç hukukun uygulanmasını talep edebilirler. Ancak uluslararası hukukta örf adet kuralları gereğince paralı askerlikle

suçlanan bir kişinin, önceden yargılanmaksızın cezalandırılmayacağı da açıktır. Nitekim, I. Ek Protokol savaş esiri statüsü hakkına sahip olmayan ve IV. Cenevre Sözleşmesi uyarınca daha elverişli bir muameleden de yararlanmayan her kişinin, Ek I. Protokol'ün 75. maddesinde sayılan temel güvencelerden yararlanma hakkının baki olduğunu hükme bağlamaktadır. Dolayısıyla, paralı askerlerin yargısız infaz edilmeleri yasaklanmıştır. Bu kural hükmünce, devletler bir paralı askere savaş esiri statüsü vermek veya vermemek konusunda tamamen serbesttirler; buna karşın, Ukrayna- Rusya savaşında yer alan paralı askerler kendini kovuşturmalara karşı korumak için bu statüyü talep etme hakkına sahip değildir.⁶⁵

SONUÇ

Paralı askerliğe ilişkin olarak, Cenevre Sözleşmelerine Ek I Nolu Protokol, Afrika Birliği Sözleşmesi ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesi incelendiğinde, paralı askerliğe ilişkin hükümlerin muğlak olması, özellikle Ek I Nolu Protokol'de paralı asker tanımına ilişkin koşulların katı olması, paralı asker kullanımının yasaklanmamış olması ve cezalandırmaya ilişkin bir hükmün bulunmamasından dolayı paralı askerliği engelleyebilmenin imkansız olduğu, daha sonra kabul edilen ve paralı askerliği suç kabul eden BM Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin sayısının sınırlılığı ile Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (BMGK) üyesi, güçlü ordulara sahip devletlerin imzalamamasından dolayı güçlü devletlerin bu sözleşmeye taraf olmaması birlikte düşünüldüğünde paralı askerliğin ve onun yeni yöntemlerinin hakim güçlerin gelecekte kullanmaya devam edeceği bir aparat olacağı izlenimi vermektedir. Dolayısıyla uluslararası hukukta paralı askerliği caydırıcı, önleyen, denetleyen, genişlemesini kısıtlayan kapsayıcı nitelikte bir uluslararası hukuk metnine halen ihtiyaç bulunmaktadır.

Uluslararası Adalet Divanı'nın 1986 tarihli Nikaragua davası ve 2007 tarihli "Bosna Hersek, Sırbistan arasında Soykırımın Önlenmesi ve Cezalandırılması davası" kararlarında çok eleştirilen yaklaşımları ile devlet dışı aktörlerin ve paralı askerliğin meşrulaştırılması yanında uluslararası hukuk açısından sorumsuz

⁶⁵ Henckaerts, Jean-Marie ve Louise Doswald-Beck. *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Cilt 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, 2005, s. 441.

ancak güç kullanabilen, her türlü kayıt dışı maddi olanakları çatışma ortamına getirmesine imkân sağlanan, suç örgütleri gibi davranabilen silahlı yapıları kullanan devletleri uluslararası hukuk açısından yeterli seviyede sorumlu tutamamıştır. Bu tür kararlardan cesaret alarak savaşın yeni yüzü olan vekalet savaşlarına dahil edilen, hukuki hiçbir meşruiyeti ve taahhüdü olmadığı halde önceleri paralı askerlik faaliyeti yürüten ticari yapılar, modern biçimde ordulaşarak askeri destek hizmeti sunan özel askeri şirketlere dönüşmüşlerdir. Devletlerin, çatışma bölgelerinde paralı asker kullanımı için özel askeri şirketlerle yaptıkları antlaşmalar, aslında muvazaa ile kurulduğundan dolayı bu hizmet ilişkisi bağlamında şirkete ve devlete paralı askerlik temelli insancıl hukuk sorumluluğu yüklenmesi de zor gözükmektedir. Çünkü aslında paralı asker kullanan bu tür yapı ve şirketler sahadaki eylemlerini meşru müdafaa doktrinine dayandırabilmektedirler. Devletler ise şirketlerin bu eylemlerinden sorumlu gözükmemek için ilk olarak aralarındaki ilişkiyi reddetmekte, akabinde şirketle ilişkisini kabul etse de şirketin kurulan sözleşmeye bağlı kalmadığını ileri sürmekte ve nihayet oluşan insan hakları ihlalleri dahil her türlü hukuk dışı zararda devletin değil sadece özel askeri şirket çalışanının bireysel sorumluluğunun doğduğu ileri sürerek her türlü yaptırımlardan kaçınabilmektedirler.

Rusya-Ukrayna savaşında tarafların özel askeri şirketler eliyle çatışmalarda paralı asker kullandıkları görülmektedir. Çatışmada bölgesinde birçok insan hakları ihlali ve savaş suçları işlendiğine dair artan endişeler açıkça dile getirilmektedir. Ancak BM dahil hiçbir gücün paralı askerlerin bölgede kullanılmasını önleyecek bir mekanizmaya sahip olmadığı görülmüştür. Bu savaşla birlikte, uluslararası hukukta sadece devleti önceleyen bir yaklaşımla savaşın ve savaşta paralı askerlerin kullanılmasının önlenemeyeceğini mutlaka devlet üstü yapı ve örgütlerin sorumluluk alması gerektiği anlaşılmaktadır.

Neticede para kazanma amacı gözetildiği sürece bireysel veya şirketler eliyle yapılan paralı askerlikte, çatışma ve savaşların hiç bitmemesini hatta gerekirse süresinin uzamasının isteneceği, çatışmalarda kullanılan silah, mühimmat ve teçhizatın devamlı suretle artırılarak barış ve ateşkesin yerine gerginliklerin devamının talep edileceği düşünüldüğünde Dünyada barış

ortamının her geçen gün daha ada azalacağı tahmin edilebilir. Paralı askerliğin alıcısının genelde suç örgütleri, terörist gruplar, başarısız devletler ve devlet dışı diğer bütün aktörler olduğu ve bu şirketlerin potansiyel müşterileri olan paralı askerlerin ve onları çalıştıran şirketlerin, insan hakları ihlallerinden, savaş suçlarına ve daha birçok suçun oluşumunun potansiyel sorumlusu olarak karışabilecekleri sebebiyle paralı askerlik konusu gelecekte uluslararası hukuku tehdit etmeye devam edecektir.

KAYNAKÇA

- Aldrich, George H. "New Life for the Laws of War", *American Journal of International Law*, Cilt 75, Sayı 4, s. 764-783.
- Apuzzo, Matt. Blackwater Guards Found Guilty in 2007 Iraq Killings, New York Times, <https://www.nytimes.com/2014/10/23/us/blackwater-verdict.html>, (Erişim Tarihi: 11.04.2022)
- Aslan, Ahmet Salih. "Çatışma Bölgelerinin Yeni Aktörü Özel Askeri Şirketler", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, Yıl 13, Sayı 49, Ocak 2022, 115-140.
- Batur Yamaner, Melike. *Silahlı Çatışmalarda Sivillerin Korunması*, İstanbul, Arıkan Basım Yayım, 2007.
- Beyhan, Yunus. *Özel Askeri Şirket Faaliyetlerinin Küresel Etkileri ve Uluslararası Hukuktaki Yerlerinin İncelenmesi*, Mef Üniveritesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2020.
- Bosch, Shannon. "Private Security Contractors And International Humanitarian Law-A Skirmish For Recognition In International Armed Conflicts", *African Security Review*, Vol: 16, No: 4, ss. 34-52.
- Bristow, Justin. *Russian Private Military Companies: An Evolving Set of Tools in Russian Military Strategy*, The Foreign Military Studies Office (FMSO), 2019.
- Cameron, Lindsey. "Private Military Companies: Their Status Under International Humanitarian Law and Its Impact On Their Regulation", *International Review of Red Cross*, 88(863), 2006.
- Case Concerning Military and Paramilitary Activities In and Against Nicaragua, International Court of Justice, Reports of Judgments Advisory Opinions and Orders) <http://www.icj-cij.org/files/case-related/70/070-19860627-JUD-01-00-EN.pdf> (Erişim tarihi: 09.04.2022)
- Cassese, Antonio. "Mercenaries: Lawful Combatants or War Criminals?", *ZaöRV* 40/1, Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, 1980.

- Clapham, Andrew. “The Concept of International Armed Conflict”, *The 1949 Geneva Conventions: A Commentary*, Ed. By A. Clapham, P. Gaeta and M. Sassòli, 2015.
- Cotton, S. K., Petersohn, U. *Hired Guns Views About Armed Contractors in Operation Iraqi Freedom*, RAND Corporation, 9-10, 2010.
- DACS (Data on Armed Conflict and Security), Private Security Database, 2016, <https://www.conflict-data.org/psd/index.html>, (Erişim tarihi: 20.04.2022)
- “Declaration on Principles Of International Law Concerning Friendly Relations And Co-Operation Among States In Accordance With The Charter Of The United Nations”, <http://www.un-documents.net/a25r2625.htm> (Erişim tarihi: 04.05.2022)
- Gabriel, Richard. *Thutmose II The Military Biography of Egypt's Greatest Warrior King*, Potomac Books, US, 2009, s.76.
- Gaston, Erica. “Mercenarism 2.0? The Rise of the Modern Private Security Industry and Its Implications for International Humanitarian Law Enforcement”, *Harvard International Law Journal*, Vol: 49, No: 1, 2008.
- Giddens, Anthony. *Ulus-Devlet ve Şiddet*, Çev. Cumhur Atay, Kalkedon Yayınları, 2008.
- Henckaerts, Jean-Marie ve Louise Doswald-Beck. *Uluslararası İnsancıl Teamül (Örf-Adet) Hukuku*, Cilt 1, Galatasaray Üniversitesi Hukuk Fakültesi Yayınları: 66, 2005.
- Higgins, Alexander G. “US Rejects UN Mercenary Report”, *USA Today*, https://usatoday30.usatoday.com/news/world/2007-10-17-3392316246_x.htm, (Erişim Tarihi: 01.05.2022)
- <https://en.oxforddictionaries.com/definition/mercenary> (Erişim Tarihi: 11.03.2022)
- <https://www.britannica.com/topic/mercenary> (Erişim Tarihi: 11.03.2022)
- <https://www.theguardian.com/world/2019/jan/25/venezuela-maduro-russia-private-security-contractors> (Erişim Tarihi: 10.05.2022)
- Jansen, Jaime. “Federal Jury Reaches Partial Verdict in CIA Contractor Detainee Abuse Case”, *Jurist*, August 17, 2006.
- Keser, Ahmet. *Özel Askeri Şirketlerin Küresel Yayılımı ve Geleceği*, SETA Yayınları, 2020.
- Kırmızıgül, Niyazi. *Özel Askeri Şirketlerin Meşruiyet Sorunu*, Nevşehir Hacı Bektaş Veli Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yüksek Lisans Tezi, 2021.

- Kinsey, Christopher. *Corporate Soldiers and International Security: The Rise of Private Military Companies*, Routledge, 2006.
- Kurtdarcan, Bleda R. *Muharebe Alanının Yeni Aktörleri: Askeri Yükleniciler*, Beta Yayınevi, İstanbul, 2017.
- Kwakwa, Edward. *The International Law of Armed Conflict: Personal and Material Field of Application*, Kluwer Academic Publishers, The Netherlands, 1992.
- Mcfate, Sean. *The Modern Mercenary, Private Armies and What They Mean for World Order*, Oxford University Press, 2014.
- Mumford, Andrew. *Proxy Warfare*, Polity Press, 2013.
- Østensen, Åse Gilje and Bukkvoll, Tor. *Russian Use of Private Military and Security Companies - The Implications for European and Norwegian Security*, CMI, FFI-rapport no. 18/01300, 2018.
- Özalp, Osman Nuri. “Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Uluslararası Hümaniter Hukuka Göre Statüsü ve Montreaux Dökümanı Bağlamında Yeni Arayışlar”, *İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi Mecmuası*, Cilt 67, Sayı 1-2, 2009.
- Öztürk, Yasin. *Özel Askeri Şirketler*, Yetkin Yy. Ankara, 2021.
- Paker, Evren Balta. *Küresel Güvenlik Kompleksi: Uluslararası Siyaset ve Güvenlik*, İstanbul, İletişim Yayınları, 2012.
- Pazarıcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk Dersleri 4. Kitap*, Turhan Kitabevi, Ankara, 2020.
- Percy, Sarah. *Mercenaries: The History of A Norm in International Relations*, Oxford University Press, New York, 2007.
- Petereyns, Manuel. *The Legal Status of Mercenaries in Armed Conflict*, Master Thesis for the Study Program. ‘Master of Law’ Faculty of Law, University of Ghent, 2016.
- Porter, Bruce. *War and the Rise of the State, The Military Foundations of Modern Politics*, The Free Press, 1994.
- Reisman, W. Michael. “Allocating Competences to Use Coercion in the Post-Cold War World: Practices, Conditions and Prospects”, *Law and Force in the New International Order*, Lori Fishler Damrosch & David J. Scheffer, (eds.), Westview Press.1991.
- Schmitt, Michael N. “Humanitarian Law and Direct Participation in Hostilities by Private Contractors or Civilian Employees”, *Chicago Journal of International Law*, Vol: 5, No:2, Winter 2005, ss. 511-546.
- Singer, Peter W. “The Private Military Industry And Iraq: What Have We Learned And Where To Next”, *Geneva Centre For The Democratic Control Of Armed Forces (Dcaf) Policy Paper*, 2004.

- Sukhankin Sergey. "Continuing War by Other Means': The Case of Wagner, Russia's Premier Private Military Company in the Middle East", *Eurasia Daily Monitor*, 15(60), 2018.
- Sutter, Philip. "The Continuing Role of Belligerent Reprisals", *Journal of Conflict & Security Law*, 2008, 13 (1).
- Tkach, Benjamin. *Corporate Security and Conflict Outcomes*. Dissertation for the degree of Doctor of Philosophy, Office of Graduate and Professional Studies of Texas A&M University, 2013.
- Top, Sinem. "Uluslararası Hukukta Paralı Asker Özel Güvenlik ve Askeri Firmaların Hukuki Durumu", *İzmir Barosu Dergisi*, Ocak 2018.
- Topal, Ahmet Hamdi, "Uluslararası Hukuk Açısından Özel Askeri Şirketler ve Şirket Çalışanlarının Hukuki Statüsü", *AÜHFĐ*, Cilt: 60, Sayı: 4, 2011, ss. 963-1021.
- United Nations Human Rights Office of the High Commissioner, <https://www.ohchr.org/EN/Issues/Mercenaries/WGMercenaries/Pages/Callroleprivatemilitary.aspx>, (Erişim Tarihi: 10.05.2022)
- Venter, Al. J. "War Dog Fights Other People's War The Modern Mercenary in Combat", *CASEMATE*, 553-554, 2006.
- Yılmaz, Eren Alper, Irk, Orhan. "Nikaragua Divan Kararları Işığında Kuvvet Kullanma ve Meşru Müdafaa Sorunu", *CBÜ Sosyal Bilimler Dergisi*, Cilt:13, Sayı:2, 2015.

RUSYA'NIN AVRUPA KONSEYİ ÜYELİĞİNDEN ÇIKARILMASININ MUHTEMEL SONUÇLARININ DEĞERLENDİRİLMESİ

Emine Betül GÖKTAŞ¹

Öz

2022 yılının Şubat ayında Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı silahlı saldırılar, uluslararası mecrada birçok farklı alanda tartışmalara konu edilmiştir. Yapılan saldırıların uluslararası hukuka ve uluslararası hukuktan kaynaklı yükümlülüklerle aykırı olması, saldırılar esnasında ağır insan hakları ihlallerinin yaşanması saldırıların başladığı ilk günden itibaren Rusya'ya karşı tepki gösterilmesine neden olmuştur. Gerek bölgesel ve küresel düzeydeki uluslararası örgütler, gerekse ulusal düzeydeki topluluklar çeşitli şekillerde saldırıları kınamışlar ve Rusya'nın karşısında olduklarını belirtmişlerdir. Bununla birlikte saldırıları önlemeye yönelik birtakım tedbirler almaya başlamışlar ve Rusya'ya saldırıları sonlandırması yönünde çağrıda bulunmuşlardır. Ancak bu çağrılara rağmen saldırıların sonlanmaması söz konusu örgütleri harekete geçmeye teşvik etmiştir. Bu doğrultuda, temel hedeflerinden biri insan haklarını korumak olan Avrupa Konseyi de yapılan ağır insan hakkı ihlallerine karşı sessiz kalmamıştır. Konuyla ilgili bir dizi karar alan Avrupa Konseyi ilk olarak diyalog ve işbirliği yöntemleriyle Rusya'nın ihlallerinin önüne geçmek istemiştir. Ancak Rusya'nın saldırıları devam ettirme yönündeki iradesi, Avrupa Konseyini daha sert tepkiler vermeye zorlamıştır. Bu kapsamda Konsey, Rusya'nın gerçekleştirdiği saldırıların ağır insan hakları ihlali yarattığı gerekçesine dayanarak Avrupa Konseyi'nin kurucu belgesi olan Avrupa Konseyi Statüsü m.8'deki yaptırımları uygulamaya başlamıştır. Madde 8'de yer alan yaptırımları uygulama kararı almakla yetkili olan Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, ilk olarak Rusya'nın Avrupa Konseyindeki temsil haklarını askıya almıştır. Ancak bu yaptırımın Rusya'yı eylemlerinden alıkoymaması üzerine, insan hakları ihlallerine karşı Avrupa Konseyi bünyesinde alınabilecek en ağır yaptırım olarak sayılan konseyden çıkarma yaptırımını uygulamış

¹ Arş. Gör., Balıkesir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Ceza ve Ceza Muhakemesi Hukuku Anabilim Dalı,

eminebetulgoktas@gmail.com, ORCID ID: 0000-0001-5334-5318.

ve Rusya'yı Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarmıştır. Avrupa Konseyi tarihinde ilk kez uygulanan konseyden çıkarma yaptırımı, ilk kez uygulanan bir yaptırım olması nedeniyle beraberinde teorikte ve uygulamada birtakım sorunlar getirmiştir. Yine bu yaptırımın Rusya üzerinde ve Rusya'nın ihlallerinden etkilenen kimseler üzerinde nasıl etkileri olacağı soru işaretleri yaratmıştır. Bu çalışmada hedeflenen; Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasının özellikle Avrupa Konseyi bünyesindeki sözleşmeler ve insan hakları hukuku bakımından sonuçlarını Avrupa Konseyi kararları, Rusya'nın Konseye karşı takınmış olduğu tavır ve güncel gelişmeler ışığında değerlendirerek ortaya koymaktır.

Anahtar Kelimeler: Rusya, Avrupa Konseyi, Avrupa Konseyi Statüsü, Üyelikten Çıkarılma, İnsan Hakları İhlali.

EVALUATING THE POSSIBLE CONSEQUENCES OF RUSSIA'S EXCLUSION FROM THE COUNCIL OF EUROPE

Abstract

The armed attacks launched by Russia against Ukraine in February 2022 have been subject to discussions in many different areas in the international arena. The fact that the attacks were against international law and obligations arising from international law, and the presence of serious violations of the human rights, caused a reaction against Russia from the day the attacks initiated. Both regional and global international organizations and national communities condemned the attacks in various ways and stated that they were against Russia. Furthermore, they started to take some measures to prevent the attacks and called on Russia to end the attacks. Despite this, the fact that the attacks did not come to an end encouraged the organizations to take action. With regards to this context, the Council of Europe, whose main objective is to protect human rights, did not remain silent against serious human rights violations. The Council has taken many decisions on the issue and first of all, it aimed to prevent Russia's violations by using dialogue and cooperation methods. However, Russia's will to continue the attacks forced the Council of Europe to react more harshly. Respectively, the Council started to implement the sanctions in Article 8 of the Statute of the Council of Europe, on the grounds that Russia's attacks created serious human rights violations. Firstly, Russia's representation rights in the Council of Europe were suspended. However, since this sanction did not deter Russia from the attacks, the

Committee of Ministers of the Council decided to expel Russia from the Council of Europe membership based on the Statute of the Council of Europe. The expulsion from the Council, which was applied for the first time in the history of the Council of Europe, caused some theoretical problems that enhanced to practical ones as well. Furthermore, it raised questions regarding how this sanction will affect Russia, and those affected by Russia's violations. The aim of this study is to clarify the consequences of expulsion from the Council in the light of current developments, Council of Europe resolutions and Russia's attitude towards the Council, especially in terms of conventions within the Council of Europe and human rights law.

Keywords: Russia, Council of Europe, Cessation of the Membership, Statute of the Council of Europe, Violation of Human Rights.

GİRİŞ

Avrupa Konseyi, 1949 yılında imzalanan ve yürürlüğe giren Avrupa Konseyi Statüsü ile kurulmuş olan, insan haklarını koruma ve geliştirme amacı güden bölgesel bir örgüttür. Rusya'nın Konseyden çıkarılma kararına kadar toplamda 47 ülke Avrupa Konseyi Statüsüne taraf olarak Konseyin üyesi haline gelmiştir¹. Üyelikle birlikte ülkeler, başta insan haklarına ilişkin olmak üzere Statü kapsamında çeşitli yükümlülükler yüklenmişlerdir. Avrupa Konseyi üye devletlerin insan haklarına ilişkin taahhütlerine uymalarını sağlamak amacıyla çeşitli mekanizmalar benimsemiş ve yine bu taahhütlere uymamanın ne gibi yaptırımlarla sonuçlanacağı söz konusu mekanizmalarla ortaya konulmuştur.

Çalışmada incelenecek konu itibarıyla önem arz eden ve üzerinde durulması gereken belki de en ağır yaptırımlar Avrupa Konseyi Statüsü 8.maddede belirtilmiştir. Buna göre; bir üye devlet 3.maddede belirtilen taahhütlerini yerine getirmeyip maddeyi ciddi surette ihlal ettiğinde, diğer bir deyişle ciddi insan hakları ihlalleri gerçekleştirdiğinde temsil hakkından mahrum edilmesi, Konseyden çekilmeye davet edilmesi ve son olarak bu davet dikkate alınmadığında bizzat Bakanlar Komitesi tarafından komitenin tayin edeceği tarihten itibaren Konsey üyeliğinin sona erdirilmesi mümkündür. Bu yaptırımların uygulamaya konulması birçok yasal ve ekonomik problemi beraberinde getireceğinden son çare olarak düşünülmüştür. Nitekim 25 Şubat 2022 tarihine kadar 8.maddede belirtilen yaptırımların hiçbiri uygulamaya konmamıştır. Ancak 24 Şubat 2022 tarihinde Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı silahlı saldırılar neticesinde ciddi insan hakları ihlallerinin yaşanması üzerine Rusya'ya karşı 8.madde işletilmeye başlanmıştır. Bu kapsamda ilk olarak 25 Şubat 2022 tarihinde Rusya'nın Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisindeki temsil hakları askıya alınmış, daha sonra 16 Mart 2022 tarihinde üyeliği sona erdirilmiştir. Üyeliği sona erdirilmeden 1 gün önce ise Rusya, Avrupa Konseyi Statüsü m.7'ye dayanarak Konseyden

¹ Avrupa Konseyi Statüsünün Türkçe metni için bkz: https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf (Erişim Tarihi: 5.06.2022). Avrupa Konseyi Statüsünün orijinal metni için bkz: <https://rm.coe.int/1680306052> (Erişim Tarihi: 5.06.2022).

çekilmek istediği kararını bildirmiştir. Bu kararlarla birlikte tartışılması gereken birtakım meseleler de gün yüzüne çıkmıştır. Bu çalışmada hedeflenen bu meseleleri açıklığa kavuşturmaktır. Çalışmada öncelikle Avrupa Konseyi ve Avrupa Konseyinin insan hakları ile olan ilişkisine değinilecek, ardından Avrupa Konseyi Statüsü Madde 8'in Rusya'ya karşı işletildiği süreç ele alınacaktır. Daha sonra çalışmanın esas tartışmalı yönünü oluşturan Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmanın sonuçlarına geçilecektir. Bu noktada ilk olarak Rusya'nın Konseyden çıkma ihbarında bulunmasının ardından Konseyden Bakanlar Komitesi kararıyla çıkarılması halinde hangi tarafın iradesine öncelik verileceği ve buna bağlı ne gibi farklı sonuçların gündeme gelebileceği değerlendirilecektir. Akabinde Rusya'nın üyeliğinin sona ermesiyle birlikte Avrupa Konseyi bünyesinde taraf olduğu sözleşmelerdeki durumu, kendisine karşı yapılan bireysel başvuruların akıbeti, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi kapsamında yargılama yetkisini kabul ettiği Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisinin ne zamana kadar süreceği gibi kritik noktalar ele alınacaktır. Ayrıca Konseyden çıkarılma yaptırımının sonucu olarak artık Rusya'ya karşı bireysel başvuru yapılması imkanı kalmadığından, bu durumun dolaylı bir şekilde Rusya'nın ihlallerinden etkilenen Rus vatandaşları için de bir yaptırım anlamına gelip gelmediği tartışılacaktır.

I. AVRUPA KONSEYİ

A. Genel Olarak

İkinci Dünya Savaşı'nın yıkıcı etkileri sonrası devletler, bir daha aynı acıları yaşamamak için faaliyete geçmişler ve bölgesel ve küresel düzeyde çeşitli adımlar atmışlardır. Bölgesel düzeyde atılan adımlardan bir tanesi de Avrupa Konseyinin kurulmasına ilişkin olmuştur. Konseyin kuruluş hazırlığı sürecinde Avrupalı Devletler, insan haklarına saygı ve çoğulcu demokrasi söylemlerinden yola çıkmışlar ve bu iki unsurun Avrupa'da hüküm sürmesi için bölgesel bir örgüt kurulması gerektiği fikrinde mutabık olmuşlardır². Nihayetinde 1949 yılında 10

² Elban, Hasan Kemal. "Avrupa Konseyi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri", *TBB Dergisi*, S. 77, 2008, s. 147.

ülkenin³ Avrupa Konseyinin kurucu antlaşması sayılan Avrupa Konseyi Statüsünü imzalamasıyla Avrupa Konseyi kurulmuştur⁴.

İlerleyen yıllarda toplamda 47 ülke Statüye taraf olarak Konseyin üyesi haline gelmiştir.

Şuan halihazırdaki üye sayısı ise Rusya'nın üyelikten çıkarılması ile birlikte 46'ya gerilemiştir.

Avrupa Konseyini kuran antlaşma olan Avrupa Konseyi Statüsü temelinde, Avrupa Devletlerini bir birlik kurmaya sevk eden düşüncelerin neler olduğuna, Konseyin amaçlarına, üyelikle birlikte devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerle, üye olma ve ayrılma koşullarına, Konseyin organlarına ve bunların yerine getireceği faaliyetlere yer veren bir belgedir. Buna göre Avrupa Konseyinin amacı; "ortak mirasları olan ülkü ve ilkeleri korumak ve gerçekleştirmek ve ekonomik ve siyasi ilerlemelerini kolaylaştırmak üzere üyeleri arasında daha güçlü bir birliğe ulaşmaktır." (Statü m.1/a). Taraf devletler bu amaca ulaşma doğrultusunda Avrupa Konseyini kurmuşlar ve Konsey vasıtasıyla hukukun temel prensiplerini korumak, güçlendirmek ve hayata geçirmek istemişlerdir.

Söz konusu belge, imzalanılmasıyla birlikte Avrupa Konseyi üyesi olan devletler için hukuken bağlayıcıdır. Bunun anlamı; Statüye imza atarak Konsey üyesi haline gelen devletlerin, Konsey bünyesinde hazırlanan ve imzaya açılan hiçbir sözleşmeye taraf olmasalar dahi Statüde yer alan yükümlülükleri yerine getirmekle mükellef olduklarıdır. Dolayısıyla Statü, taraflarına yalnızca moral bir yükümlülük yüklemekten ziyade hukuki bir yükümlülük yükleyerek Konseyin amaçlarına ulaşmada katkı sağlamıştır. Buna göre, bir üye devlet, yalnızca üye olmakla birlikte Statü kapsamında çeşitli yükümlülükler yüklenmiştir. Bu yükümlülüklerden bir tanesi de insan haklarını koruma, geliştirme ve yetkisi dahilindeki kişilere sağlama yükümlülüğüdür.

³ Belçika, Danimarka, Fransa, İsveç, İtalya, Lüksemburg, İrlanda, Hollanda, Norveç ve Birleşik Krallık Statüyü ilk imzalayan devletlerdir.

⁴ Avrupa Konseyi Statüsü 5 Mayıs 1949 tarihinde Londra'da imzalanmış, 3 Ağustos 1949 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

B. İnsan Hakları ile İlişkisi

Avrupa Konseyinin amaçlarının yer aldığı Statünün 1.maddesinde⁵, bu amaçlara hangi vasıtalarla ulaşılabileceği de belirtilmiştir. Buna göre, insan hakları ve temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesi, bu amaçları gerçekleştirirken izlenilmesi gereken yollardan biridir.

Yine Konseye üye devletlerin yükümlülüklerin dayanağını oluşturan ve bu konuda en kapsamlı hükmü ihtiva eden Statünün 3.maddesi, Avrupa Konseyine üye her devletin hukukun üstünlüğü prensibini ve yetkisi altına bulunan kimselerin insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanmaları prensibini ve Konseyin amaçlarına uygun davranmayı kabul ettiğini belirtmiştir⁶. Madde metinlerinden de anlaşıldığı üzere, Avrupa Konseyinin temel hedeflerinden birinin insan haklarına saygı duyulmasını sağlamak ve insan haklarını güvence altına almak olduğu söylenebilir⁷. Nitekim Avrupa Konseyinin kurulduğu aşamada tüm dünyada yankılanmaya başlayan insan hakları çağrısı⁸, Avrupalı devletlerin oluşturduğu bu birlikte de kendisini göstermiş ve gerek kuruluş aşamasında yapılan müzakereler esnasında, gerekse Statüde yer alan maddeler aracılığıyla insan haklarının vazgeçilmez olduğu, bireylere sağlanması ve korunması gerektiği düşüncesi Avrupa Konseyini oluşturan ruhla bütünleşmiştir.

Avrupa Konseyi bünyesinde başta 1950 yılında imzaya açılan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi başta olmak üzere, insan haklarını güvence altına almaya yönelik birçok sözleşme kabul edilmiştir⁹. Sözleşmelerin yanı sıra çeşitli bildirimler, yönergeler

⁵ Avrupa Konseyi Statüsü m. 1/b: “Bu gayeye, Konsey organları vasıtasıyla, ortak çıkarları ilgilendiren sorunların incelenmesi, anlaşmalar akdi ve ekonomik, sosyal, kültürel, bilimsel, yasal ve idarî alanlarda bir ortak hareket hattının kabulü ve insan hakları ile temel özgürlüklerinin korunması ve geliştirilmesiyle varılacaktır.”

⁶ Avrupa Konseyi Statüsü m. 3: “Avrupa Konseyinin her üyesi, hukukun üstünlüğü prensibini ve yasal yetkisi altında bulunan her şahsın insan haklarından ve temel özgürlüklerden yararlanma prensibini kabul eder.

⁷ Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021, s. 211.

⁸ İnsan hakları çağrısının somut bir örneği, 1948 yılında Birleşmiş Milletler Genel Kurulu tarafından kabul edilen ve insan haklarına evrensel bir boyut kazandıran İnsan Hakları Evrensel Bildirgesidir. Kalabalık, s. 91.

⁹ Ergani, Namık Kemal. “Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları”, *Danıştay Dergisi*, Y. 33, S. 106,

ve Avrupa Konseyi organlarının kararları ile de insan hakları korunmak istenmiştir. Söz konusu belgeler, bilhassa sözleşmeler, taraflara insan haklarını sağlama ve güvence altına alma yükümlülüğü yüklemiş ve bu yükümlülüğün ihlalinin ne gibi yaptırımlarla sonuçlanacağı yine belgelerde gösterilmiştir. Ancak yaptırımlar yalnızca bu belgelerle sınırlı değildir. İnsan haklarını korumak Konseyin temel bir hedefi olduğundan ve özel bir öneme sahip olduğundan dolayı, insan haklarını koruma yükümlülüğünü ciddi şekilde ihlal eden devletlerin uğrayabileceği yaptırımlar Konseyin temel belgesi olan Statüde de belirtilmiştir. Buna göre bir üye devlet, herhangi bir sözleşmeye taraf olmasa dahi yalnızca Konsey üyesi olmakla birlikte Statü dolayısıyla insan haklarını korumakla yükümlü olduğundan, insan haklarını ihlal ettiği takdirde yine Statü kapsamında yaptırımlara tabi olabilecektir. Söz konusu yaptırımların neler olduğu Statünün 8. Maddesinde açıkça gösterilmiştir.

II. AVRUPA KONSEYİ STATÜSÜ MADDE 8

Avrupa Konseyi Statüsünün 8.maddesi Konseye üye devletlerin yükümlülüklerinin yer aldığı 3. maddeye atıf yaparak üye devletlerin 3. maddeden kaynaklı yükümlülüklerini ihlal ettikleri takdirde çeşitli yaptırımlara tabi tutulacağını düzenlemiştir. Buna göre; *“m.8: Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dahilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir.”*

Söz konusu maddenin ne anlama geldiğinin anlaşılabilmesi için hükmü 3. Madde ile birlikte değerlendirmek gerekir. 3. madde temelde üye devletlere insan haklarını ve temel özgürlükleri koruma ve sağlama yükümlülüğü yüklemiştir. Bunun yanında yine maddede üye devletlerin Konseyin amaçlarına uygun davranması gerektiği belirtilmiştir. Dolayısıyla 3.madde hükümlerinin ihlali, esasen insan haklarının ihlali anlamına gelecektir. Ancak Statü, her insan hakkı ihlalinde değil yalnızca

2003, s. 59.

insan haklarının ciddi surette ihlal edildiği durumlarda m. 8'de yer alan yaptırımların uygulanabileceğini belirtmiştir¹⁰. İnsan haklarının ne zaman ciddi surette ihlal edildiğinin tespitini yapmak güçtür. Bakanlar Komitesi 8.maddedeki yaptırımların uygulanması söz konusu olduğunda ilk olarak ihlallerin ciddi olup olmadığını değerlendirecektir. Nitekim çalışmanın devamında atıf yapılacak olan kararlarda da görüleceği üzere somut olayda Komite ilk olarak ciddi insan hakkı ihlalleri yapıldığına işaret ettikten sonra 8. maddedeki yer alan yaptırımlardan hangisinin uygulanacağına karar vermiştir¹¹.

Statünün 8.maddesinde 2 tane yaptırımdan söz edilmiştir. Bunlardan ilki insan haklarını ciddi surette ihlal eden üye devletin temsil haklarının askıya alınmasıdır. Bir diğeri ise Bakanlar Komitesi tarafından ihlalci devlete yapılan Konseyden çekilme çağrısının dikkate almaması üzerine bizzat Bakanlar Komitesinin tayin edeceği tarihten itibaren ilgili devletin Konseyden çıkarılmasıdır. Söz konusu yaptırımlar Avrupa Konseyi çerçevesinde değerlendirildiğinde insan hakları ihlalleri söz konusu olduğunda alınabilecek en ağır yaptırımlardır¹². Konsey ilk olarak uluslararası iş birliği ve diyalog ilkeleri çerçevesinde sorunu çözmeye çalışır. Ancak bu yaklaşım insan hakkı ihlallerini engellemeye yeterli olmadığında son çare olarak temsil haklarından mahrum edilme ve Konseyden çıkarma yaptırımlarını uygulamaya geçmesi mümkündür. Öğretide Konseyin üyelikten çıkarma yaptırımına karşı, üye devletle Konsey arasındaki ilişkiyi bitirmesi nedeniyle söz konusu devlete insan hakkı ihlallerine karşı Konsey bünyesinde başkaca bir yaptırım uygulayabilme ihtimalinin kalmamış olması ve bu durumun insan haklarını güvence altına

¹⁰ Elban, s. 168-169.

¹¹ Örneğin Bakanlar Komitesi 25 Şubat 2022 tarihinde vermiş olduğu kararda, Rusya Federasyonu'nun Statünün 3.maddesinden kaynaklı yükümlülüklerini ciddi şekilde ihlal ettiğini kararın giriş bölümünde belirtmiş, ardından kararın devamında 8. maddede belirtilen yaptırımlardan biri olan temsil haklarının askıya alınmasına hükmetmiştir. Committee of Ministers. *CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3*, 25.02.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5a360, (Erişim Tarihi: 7.06.2022).

¹² Jahn, Jannika. "The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights", *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 23.03.2022, <https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/>, (Erişim Tarihi: 7.06.2022).

alma noktasında zayıflık yaratacağı şeklinde eleştiriler getirilmiştir. Yine bu yaptırımların mantığının zayıf temellere dayandığı ve yaptırımların mevcuttaki insan hakkı ihlallerinin önüne geçmekte zayıf bir etkisi olacağı ileri sürülmüştür¹³. Ancak insan haklarını ciddi şekilde ihlal ederek Konseyin misyonuna aykırı hareket eden bir devletin Konsey çatısı altında bulunmaya devam etmesi Konseyin güvenilirliğini sarsacağından ve Konseyden beklenen yükümlülükleri yerine getirmesini zorlaştıracağından bu yaptırımların varlığı elzemdir¹⁴. Nitekim Avrupa Konseyi içerisinde de bu yaptırımların muhtemel olumsuz sonuçlarından ötürü son aşamada uygulanması gerektiği görüşü hakimdir. Konseyin 25 Şubat 2022 tarihine kadar 8.maddede belirtilen yaptırımların hiçbirini uygulamaya geçirmemiş olması bu görüşe dayanak gösterilebilir.

III. RUSYA'YA KARŞI MADDE 8'DE YER ALAN YAPTIRIMLARIN İŞLETİLME SÜRECİ

Rusya'nın Kırım'ı ilhakıyla başlayan ve 2014 tarihinden beri devam edegelen Ukrayna'ya karşı takındığı saldırgan tutumun, 24 Şubat 2022 tarihinde şiddetini arttırmasıyla birlikte ciddi insan hakları ihlallerinin yaşanması üzerine tarihte ilk kez bir üye devlete, Rusya'ya, karşı 8.madde işletilmeye başlanmıştır.

Rusya'nın Ukrayna'ya karşı silahlı saldırıları başlattığı gün olan 24 Şubat 2022 tarihinde olay dünya basınında geniş ölçekte yer almış ve uluslararası örgütlerce saldırıların ve beraberinde yaşanan insan hakkı ihlallerinin nasıl önüne geçilebileceği noktasında ivedi görüşmeler yapılmaya başlanmıştır. Bu doğrultuda Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi 24 Şubat 2022 tarihinde toplantı düzenlemiş ve Avrupa Konseyinin yaşanan olaya karşı tutumunu yansıtan bir karar almıştır. Kararın başında Komite, Rusya'nın Ukrayna'ya karşı yaptığı silahlı saldırıların uluslararası hukuka aykırı olduğunu, Ukrayna'yı ve Ukrayna'nın toprak bütünlüğünü desteklediğini ve yapılan

¹³ Jahn, <https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/>.

¹⁴ Dzehtsiarou, Kanstantsın/ Coffey, Donal K. "Suspension And Expulsion Of Members Of The Council Of Europe: Difficult Decisions In Troubled Times", *International & Comparative Law Quarterly*, C. 68, 2019, s. 444, <https://mural.maynoothuniversity.ie/15628/1/DC-suspension-expulsion-2019.pdf>, (Erişim Tarihi: 7.06.2022).

saldırıları en güçlü şekilde kınadığını belirtmiştir. Rusya'nın Konsey Statüsünden kaynaklı yükümlülüklerini ciddi şekilde ihlal etmesine karşılık ne gibi önlemler alınabileceğinin en kısa sürede Genel Sekreterlik ve Parlamenterler Meclisi ile istişare edilerek belirlenmesi gerektiği de kararda ifade edilmiştir. Derhal ve koşulsuz olarak saldırıları sonlandırması konusunda Rusya'yı uyaran Komite,

8. maddede belirtilen yaptırımlar da dahil olmak üzere alınabilecek önlemleri konuşmak üzere 25 Şubat tarihinde olağanüstü toplantı yapılmasına karar vermiştir¹⁵.

25 Şubat tarihinde toplanan Bakanlar Komitesi, Rusya'nın yaptığı saldırıların Statünün 3. maddesinin ciddi şekilde ihlali olduğunu yineleyerek Statünün 8. maddesi uyarınca Avrupa Konseyindeki temsil haklarının askıya alınmasına karar vermiştir. Yine kararında temsil haklarının askıya alınmasının Bakanlar Komitesi ve Parlamenterler Meclisindeki temsil haklarını doğrudan ve hemen etkileyeceğini belirtmiştir¹⁶. Kararın önemli bir yönü de Avrupa Konseyine üye devletlerin çoğunluğunun bu karara katılmış olmasıdır. Oylamaya katılan ülkelerden 42'si Rusya'nın temsil haklarının askıya alınmasında olumlu oy kullanmışlardır. Bu da ülkelerin, Rusya'nın daha fazla Konseyde temsil edilmesini istemediklerini gösterir¹⁷. Aynı zamanda bu çoğunluk devletlerin ciddi insan hakkı ihlallerine karşı tepkisiz kalmadıklarının da bir göstergesidir.

25 Şubat tarihinden itibaren devam edegelen süreçte Rusya'nın saldırıların sonlandırılmasına yönelik çağrılara tepkisiz kalması, aksine saldırıların şiddetini arttırması üzerine Bakanlar Komitesi 10 Mart 2022 tarihli toplantısında gidişatı değerlendirmek ve 8. madde kapsamında alınabilecek yeni önlemleri belirleyebilmek için Parlamenterler Meclisine danışmaya karar vermiştir. Komite ayrıca kararda, Rusya'nın

¹⁵ Committee of Ministers, CM / Del / Dec (2022) 1426bis/2.3, 24.02.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5a1f1, (Erişim Tarihi: 8.06.2022).

¹⁶ Committee of Ministers, CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3, 25.02.2022.

¹⁷ Dzehtsiarou, Kanstantsin/ Batura, Justine/ Zimmermann, Nesa. "The Closing Door in Strasbourg, An Interview with Kanstantsin Dzehtsiarou on the Council of Europe's suspension decision", *Völkerrechtsblog*, 26.02.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/the-closing-door-in-strasbourg/>, (Erişim Tarihi: 8.02.2022).

saldırılarının Ukrayna halkı için büyük acılara yol açtığını, Avrupa Konseyi'nin kurulduğu tarihten bu yana benzeri görülmemiş bir barış ihlali olduğunu vurgulamış, Ukrayna halkı için kaygı duyduğunu dile getirmiştir. Yine kararda Rusya'yı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin 1 ve 4 Mart 2022 tarihinde verdiği geçici önlem kararlarına uymaya çağırmıştır¹⁸.

Bakanlar Komitesinin çağrısı üzerine 15 Mart tarihinde toplanan Parlamenterler Meclisi, görece uzun bir karar vererek konuya ilişkin görüşlerini açıklamıştır. Öncelikli olarak Parlamenterler, 14 Şubat 2014 tarihinde Rusya'nın Ukrayna'ya karşı başlattığı saldırıların 24 Şubat 2022 tarihinde tahmin edilemez bir seviyeye ulaştığını, binlerce sivilin yaralandığını ve hayatını kaybettiğini, milyonlarca insanın ülkesinden gitmeye zorlandığını ve ülkenin tahrip edildiğini, bunun Konseyin özüne aykırılık oluşturduğunu belirtmişlerdir. Meclise göre bu durum Konsey Statüsünde yer alan 'adalet ve işbirliğine dayalı barışın sürdürülmesi insanların korunması için hayati değerdedir' anlayışına ters düşmektedir(parag.1). Parlamenterler Meclisi, Bakanlar Komitesinin daha önce vermiş olduğu kararlarla benzer şekilde saldırıları şiddetle kınadığını ve Ukrayna'nın yanında olduğunu belirtmiştir(parag.2).¹⁹

Kararda aynı zamanda Rusya'nın gerçekleştirdiği saldırıların Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen belgelere de aykırılık teşkil ettiği, uluslararası hukuk camiasında kınandığı, Rusya'nın saldırıları sonlandırmasına ve uluslararası hukuk kurallarına uymasına yönelik çağrılara rağmen tavrında ısrarcı olduğu ve saldırıların şiddetini arttırdığı belirtilmiştir. Ayrıca Rusya'nın sivil hedeflere saldırması, ağır silahları rastgele kullanması, kuşatılmış bölgelerdeki sivillerin oradan kaçmasına yarayan insani yardım koridorlarını vurması, rehin almaların yaşanması gibi olayların ciddi insan hakkı ve uluslararası insancıl hukukun ihlali olduğu kararda vurgulanmıştır. Bu ihlallerin önüne geçmek için ulusal ve uluslararası örgütlerle

¹⁸ Committee of Ministers. CM/Del/Dec(2022)1428bis/2.3, 10.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5c619, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

¹⁹ Parliamentary Assembly, Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine, Opinion 300 (2022), 15.03.2022, <https://pace.coe.int/en/files/29885/html>, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

işbirliği yaparak ne gibi önlemler alınabileceği tartışılmış ve tekrar Rusya'ya saldırıları sonlandırmasına yönelik çağrıda bulunulmuştur. Tüm bu değerlendirmeler ışığında Parlamenterler Meclisi; Rusya'nın Avrupa Konseyi Statüsünü ciddi şekilde ihlal ettiğini, üye bir devletin Statüye aykırı şekilde davranamayacağını öne sürerek Rusya'nın daha fazla Avrupa Konseyi üyesi olmaması gerektiğini belirtmiştir. Ve son olarak Bakanlar Komitesinin öncelikle Rusya'nın Konseyden kendisinin çekilmesini istemesini, eğer Rusya bu çağrıya uymazsa kendi belirleyeceği tarihten itibaren Konsey üyeliğini sona erdirmesi gerektiğini vermiş olduğu kararda ifade etmiştir²⁰.

Parlamenterler Meclisinin bu kararı aldığı 15 Mart 2022 tarihinde, Rusya Avrupa Konseyi Genel Sekreterliğine bildirimde bulunarak Avrupa Konseyi Statüsü Madde 7 uyarınca 28 Şubat 1996 yılından beri üyesi olduğu Konseyden çekildiğini bildirmiştir. Bu bildirimde Rusya ayrıca, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini feshetme niyeti olduğunu da ifade etmiştir²¹.

Rusya'nın Avrupa Konseyinden çıktığını bildirmesinden 1 gün sonra, 16 Mart 2022 tarihinde Bakanlar Komitesi bir kez daha toplanmış ve önceki vermiş olduğu kararları, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 15 Mart tarihli kararını göz önüne alarak Rusya'nın Konsey üyeliğinin sona erdirilmesine karar vermiştir. Rusya'nın saldırılarının Statünün 3.maddesinin ciddi şekilde ihlali olduğunu yineleyen Bakanlar Komitesi, Statünün 8.maddesi uyarınca Rusya'nın 16 Mart tarihinden itibaren Konsey üyeliğinden çıktığını belirtmiştir²².

Yine 16 Mart tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Bakanlar Komitesinin Rusya'yı Konseyden çıkardığı 16 Mart tarihli kararı takiben, Rusya aleyhine yapılan tüm başvuruların

²⁰ Parliamentary Assembly, Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine, Opinion 300 (2022), 15.03.2022.

²¹ Council of Europe, "The Russian Federation is excluded from the Council of Europe", *Newsroom*, 16.03.2022, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

²² Committee of Ministers, CM/Res(2022)2, 16.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5ee2f, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

incelenmesinin askıya alındığını bildirmiştir²³.

Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından Statünün 8. maddesi uyarınca yürütülen, 25 Şubat 2022 tarihinden başlayarak 16 Mart 2022 tarihinde sona eren yaptırım sürecinin bu şekilde özetlenebilir. 16 Mart tarihinden sonra çıkarılmanın mevcut ve muhtemel sonuçlarına ilişkin hem Bakanlar Komitesi hem de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bir dizi karar alınmıştır. Çalışmanın kapsamı nedeniyle bu kararlardan hepsi değil belli başlıları inceleme konusu olacaktır. Bu çerçevede üzerinde durulması gereken kararlardan ilki 22 Mart 2022 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin vermiş olduğu, Sözleşmenin 58.maddesi ışığı altında Rusya'nın Konseyden çıkarılmasını değerlendirdiği karardır. Diğerisi ise Bakanlar Komitesi tarafından verilen 23 Mart 2022 tarihli, Rusya'nın Konseyden çıkarılmasının yasal ve ekonomik sonuçlarını değerlendirdiği karardır. Konseyden çıkarılmanın Rusya için pek çok yasal, ekonomik ve siyasi sonucu olmakla birlikte, yalnızca belirli sonuçlar yukarıda bahsedilen kararlardan yola çıkılarak ele alınacaktır.

IV. KONSEYDEN ÇIKARILMANIN SONUÇLARI

A. Rusya'nın 15 Mart Tarihli Bildirisi ve Bakanlar Komitesinin 16 Mart Tarihinde Konseyden Çıkarma Kararı Işığında Tarafların İradeleri

Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkarılmasının ardından ilk tartışılması gereken husus; Rusya'nın 15 Mart 2022 tarihinde Konseyden çıkma ihbarında bulunmasından sonra 16 Mart 2022 tarihinde Konseyden Bakanlar Komitesi kararıyla çıkarılması halinde hangi tarafın iradesine öncelik verileceği ve buna bağlı ne gibi farklı sonuçların gündeme gelebileceği hususudur.

İlk olarak Avrupa Konseyi Statüsü Madde 7 uyarınca Rusya'nın 15 Mart tarihinde bildirmiş olduğu Konseyden çekilme kararını incelemek gerekir. Avrupa Konseyi Statüsü 7. Madde; '*Avrupa Konseyinin her üyesi bu husustaki kararını Genel Sekretere bildirmek suretiyle Konseyden çıkabilir. Bu ihbar içinde bulunulan mali senenin*

²³ Registrar of the Court, ECHR 092 (2022), 16.03.2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7287047-9930274>,(Erişim tarihi: 10.06.2022).

ilk dokuz ayı zarfında yapılmış ise aynı senenin sonunda eğer son üç ayı zarfında yapılmış ise takip eden mali senenin sonunda hüküm ifade eder. şeklinde düzenlenmiştir. Rusya bu hüküm uyarınca hareket ederek Konseyden çekilme kararını Genel Sekreterliğe bildirmiştir. Rusya bildirimini 2022 mali yılının ilk 9 ayı içerisinde yaptığı için aslolan madde metni uyarınca Rusya'nın üyeliğinin 2022 yılının sonunda sona ermesidir. Fakat Rusya'nın çekilme bildiriminde bulunduğu günün ertesi günü verilen Bakanlar Komitesi kararında Rusya'nın 16 Mart 2022 tarihinden itibaren geçerli olmak kaydıyla Konsey üyeliğinden çıkarıldığı belirtilmiştir. Dolayısıyla somut olayda Rusya'nın iradesine karşılık Bakanlar Komitesinin iradesinin üstün geldiği söylenebilir. Nitekim daha sonra verilmiş olan 22 Mart Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararında²⁴, 23 Mart Bakanlar Komitesi kararında²⁵ ve diğer kararlarda Rusya'nın 16 Mart 2022 tarihinde Konsey üyesi olmaktan çıktığı özellikle vurgulanmıştır.

Avrupa Konseyi Statüsünün 8. maddesine baktığımızda, madde metni; *'Avrupa Konseyinin, üçüncü madde hükümlerini ciddi surette ihlal eden, her üyesi temsil hakkından bir süre için mahrum edilebilir ve Bakanlar Komitesi tarafından 7. Maddedeki koşullar dahilinde Konseyden çekilmeye davet edilebilir. Bu davet dikkate alınmadığı takdirde Komite, bizzat Komitenin tayin edeceği tarihten itibaren söz konusu üyenin artık Konseye mensup olmadığına dair karar verebilir.'* olarak düzenlenmiştir. Maddeden de anlaşılacağı üzere Komitenin bizzat kendi belirlediği tarihten itibaren üye devleti çıkarabilmesi için 7. madde dahilinde Konseyden çekilmeye davet etmesi ve üye devletin bu davete uymamış olması gerekir. Halbuki Rusya ve Avrupa Konseyi arasında böyle bir durum gerçekleşmemiştir. Aksine Rusya 15 Mart 2022 tarihinde kendi isteğiyle Avrupa Konseyinden çekildiğini bildirmiştir. Dolayısıyla bu durumda Rusya'nın üyelikten çıkmasını Statünün 7. maddesi ışığında değerlendirmek ve 2022 mali yılının sonunda çıkmış

²⁴ European Court of Human Rights. Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22.03.2022, https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_EN_G.pdf, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

²⁵ Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectId=0900001680a5ee2f, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

sayılacağını söylemek mümkün olmalıydı²⁶. Ancak sonrasında alınan kararlardan da anlaşılacağı üzere Bakanlar Komitesinin kararı göz önüne alınarak 16 Mart tarihinden itibaren geçerli olmak kaydıyla Rusya'nın Konseyden çıkmış olduğu kabul edildi.

Komitenin bu şekilde karar almasının altında yatan nedenlerden birinin 2022 mali yılının sonuna kadar beklemek istememiş olması olduğu söylenebilir. Komite 2022 mali yılının sonunu beklemek yerine kendi belirlediği tarihte Rusya'nın Konsey üyeliğini sona erdirmiştir. Yine Komitenin Rusya'yı üyelikten kendi çıkararak bu durumun insan hakkı ihlallerine karşı duruşunda sembolik bir anlam taşımasını hedeflemiş olabileceği düşünülebilir. Nitekim Rusya eğer Konseyden

m. 7 kapsamında kendi isteğiyle ayrılmış olsaydı bu durum Rusya'nın ulusal çıkarları doğrultusunda attığı bir adım olarak yorumlanabilecek iken, m. 8 kapsamında çıkarılmış olması üyeliğin sonlanması meselesinin bir yaptırım olarak yorumlanmasına yol açmıştır²⁷. Fakat hangi nedenle hareket edilmiş olursa olsun neticede Rusya 16 Mart'tan itibaren Konsey üyesi olmaktan çıkmıştır ve bu tarihten itibaren Konsey kapsamında herhangi bir hak iddia etme imkanı veya Statüden kaynaklı herhangi bir yükümlülüğü kalmamıştır²⁸.

B. Rusya'nın Taraf Olduğu Sözleşmelerdeki Durumu

Rusya'nın Konsey üyeliğinden çıkarılmasıyla birlikte tartışılması gereken bir diğer mesele, taraf olduğu uluslararası sözleşmelerdeki durumunun ne olacağıdır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Rusya'nın Konseyden çıkarılmasının yasal ve ekonomik sonuçlarını incelediği 23 Mart 2022 tarihinde vermiş olduğu kararda bu duruma açıklık getirmiş ve sözleşmelerin niteliğine göre ikili bir ayırım yapmıştır. Komitenin ayırım yaparken kullandığı kıstas, Avrupa Konseyi bünyesinde

²⁶ Mantilla Blanco, Sebastián. "Backdoor Exit from the European Convention on Human Rights: Russia, the Council of Europe and Article 58(3) ECHR", *VerfBlog*, 5.04.2022, <https://verfassungsblog.de/a-backdoor-exit-from-the-european-convention-on-human-rights/>, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

²⁷ Magliveras, Konstantinos. "The Question of Expelling Recalcitrant Member States: The Termination of the Russian Federation's Membership in the Council of Europe", *Völkerrechtsblog*, 03.05.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/the-question-of-expelling-recalcitrant-member-states/>, (Erişim Tarihi: 13.06.2022).

²⁸ Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022.

hazırlanan bir sözleşmeye taraf olabilmek için Avrupa Konseyi üyesi olmanın gerekli olup olmadığıdır²⁹.

Buna göre Avrupa Konseyi bünyesinde kabul edilen ve taraf olunabilmesi için Avrupa Konseyi üyesi olunması gerekmeyen sözleşmeler içerisinde Rusya, taraf olduğu sözleşmelerde taraf devlet sıfatını kaybetmeyecek ve sözleşmeden kaynaklı yükümlülüklerini taşımaya devam edecektir. Ancak Rusya'nın bu sözleşmelerin her birine katılımı Bakanlar Komitesi tarafından veya uygun düştüğü ölçüde üye devletler tarafından belirlenebilecektir. Diğer taraftan yalnızca Avrupa Konseyi üyelerine açık olan sözleşmeler bakımından Rusya, Konseyden çıkarıldığı tarih olan 16 Mart 2022 tarihi itibarıyla sözleşmeci devlet sıfatını kaybetmiş sayılacak ve bu tarihten itibaren sözleşmelerle bağlı sayılmayacaktır (parag.8). Benzer şekilde Rusya'nın Avrupa Konseyi bünyesinde düzenlenen etkinliklere, programlara veya konferanslara katılımı, üye olmayan devlerin katılımı için geçerli olan usule tabi olacaktır(parag.4)³⁰.

Rusya'nın taraf olduğu sözleşmelerdeki durumunu değerlendirirken 1996 yılında imzalayıp 1998 yılında onaylayarak tarafı olduğu Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesini ayrıca değerlendirmek gerekir. Her ne kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi sadece üye devletlere açık bir Sözleşme olsa da³¹, Sözleşmenin 58.maddesinin yorumu, Sözleşmenin yukarıda yapılan ayırmadan farklı tutularak değerlendirilmesine neden olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 58. maddesinde, bir sözleşmeci devletin Sözleşmeyi feshetmesi veya Avrupa Konseyi üyeliğinin sona ermesi durumunda taraf devlet bakımından Sözleşmenin akıbetinin ne olacağını düzenlemiştir. Buna göre;

MADDE 58 (Feshi ihbar):

1. Bir Yüksek Sözleşmeci Taraf, bu Sözleşme'yi ancak Sözleşme'ye taraf olduğu tarihten itibaren beş yıllık bir sürenin geçmesinden

²⁹ Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022.

³⁰ Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022.

³¹ Madde 59/1: "Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi üyelerinin imzalarına açıktır. Sözleşme onaylanacaktır. Onaylama belgeleri Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne verilecektir."

sonra ve Avrupa Konseyi Genel Sekreteri'ne altı ay önceden sunulacak bir ihbarla feshedebilir. Genel Sekreter bunu diğer Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a bildirir.

2. Bu fesih işlemi, feshin etki doğurduğu tarihten önce gerçekleşmiş ve yükümlülüklerin ihlali niteliğinde sayılabilecek olan bir olayla ilgili olarak, söz konusu Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın bu Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinden kurtulması sonucunu doğurmaz.

3. Avrupa Konseyi üyeliği sona eren her Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın bu Sözleşme'ye de taraf sıfatı da aynı koşullarla sona erer.

Maddenin 1. fıkrasından da anlaşıldığı üzere bir sözleşmeci devlet şayet Sözleşmeyi feshederse 6 ay daha Sözleşme hükümleriyle bağlı kalacak, yani taraf devlet sıfatını altı ay sonra kaybedecektir. 2. fıkraya göre ise altı aylık süre içerisinde de Sözleşmeyle bağlı olduğundan bu süreçte meydana gelen Sözleşmenin ihlali sayılabilecek eylem ve ihmallerden sorumluluğu devam edecektir. Ancak maddenin 3. fıkrası bu kadar net bir şekilde kaleme alınmış değildir. Bu kapsamda, Avrupa Konseyi üyeliği sona eren tarafın, taraf sıfatının da aynı koşullarla sona ereceği derken neyin kastedildiğinin açığa kavuşturulması gerekir.

Fıkranın düzenlenişiyile ilgili 3 farklı yorum getirilebilir. Bu çerçevede yapılabilecek ilk yorum, 3.fıkroda belirtilen 'aynı koşullarla' ifadesinin 1. ve 2.fıkradaki düzenlemelere atıf yapıyor oluşudur. Buna göre, Konsey üyeliği sona eren bir devletin yüksek sözleşmeci devlet sıfatını kaybedebilmesi için fesih bildiriminde olduğu gibi, üyelikten çıkmanın üzerinden 6 ay geçmesi gerekir. Yine taraf devletin bu sürede meydana gelen olaylardan kaynaklanan yükümlülüğü devam edecektir. Konuyla ilgili getirilen 2. yorum, 'aynı koşullara' ifadesinin yalnızca 2.fıkraya atıf yapmış olduğuna yöneliktir. Buna göre, üye devlet üyeliğinin sona erdiği tarihte sözleşmeci devlet sıfatını kaybedecektir. 2.fıkra uyarınca ise üyeliğin sona erdiği tarihe kadar olan olaylardan kaynaklı yükümlülüğü devam etmiş sayılacaktır. Madde metnine ilişkin yapılabilecek son yorum ise aynı koşullardan kastın taraf devletin Konseyden çıkarılma koşullarına ilişkin olmasıdır. Bu ihtimalde de ilgili taraf devletin Sözleşmeye taraf sıfatı Konseyden çıkarıldığı tarihte sona erecektir. Ancak Bakanlar Komitesi çıkarılma

kararı verirken buna ilişkin koşulları belirleyebildiği gibi aynı şekilde Sözleşmeye taraf sıfatının ne zaman sona ereceğini de belirleyebilme şansına sahiptir³².

Rusya, Avrupa Konseyi üyeliği sona ermiş olan bir devlet olduğundan ötürü Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki yüksek sözleşmeci taraf sıfatını ne zaman kaybetmiş olacağına ilişkin değerlendirmeyi m.58/3'ten yola çıkarak yapmak gerekir. Nitekim Avrupa Konseyi organları Rusya'nın sözleşmeci devlet sıfatının ne zaman sona ereceği ile ilgili gecikmeksizin vermiş oldukları kararlarda Sözleşmenin 58. maddesini göz önünde bulundurduklarını belirtmişlerdir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 22 Mart 2022 tarihinde vermiş olduğu kararında Rusya'nın yüksek sözleşmeci taraf sıfatının 16 Eylül 2022 itibarıyla sona ereceğini belirtmiştir³³. Yine aynı şekilde Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, 23 Mart 2022 tarihinde vermiş olduğu kararda Mahkemenin 1 gün önce vermiş olduğu karara atıfta bulunarak Rusya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinden kaynaklı yüksek sözleşmeci taraf sıfatının 16 Eylül 2022 tarihinde son bulacağını açıklamıştır³⁴. Dolayısıyla Rusya, üye devlet sıfatını kaybetmiş olsa dahi üyeliği sona erdiği tarihten itibaren 6 ay daha Sözleşmenin tarafı sayılacak ve Sözleşmeyle bağlı kalacaktır. Sözleşmeden doğan hak ve yükümlülükleri de 16 Eylül'e kadar devam edecektir.

Bakanlar Komitesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu kararlarında, hangi yoruma dayalı olarak Rusya'nın sözleşmeci taraf sıfatının 6 ay daha devam edeceğini belirtmemişlerdir. Fakat AIHS m.58/3'ün 1. ve 2. fıkrayla beraber düşünüldüğü ilk yorum, bu kapsamda taraf sıfatının altı ay daha uzatılmasına ilişkin en sağlam yasal dayanak olacaktır³⁵. Nitekim Avrupa Konseyi Sekreterliği tarafından hazırlanan 17 Mart 2022 tarihli bildiriye, AIHS m.58/3'te yer

³² Dzehtsiarou, Kanstantsin/ Helfer, Laurence. "Russia and the European human rights system: Doing the right thing ... but for the right legal reason?", *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 29.03.2022, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>, (Erişim Tarihi: 8.06.2022).

³³ European Court of Human Rights, 22.03.2022.

³⁴ Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022.

³⁵ Dzehtsiarou/ Helfer, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>.

alan aynı koşullardan kastın 1 ve 2. fıkrada yer alan koşullar olduğu, Sözleşmeye taraf sıfatının sona ermesi bakımından üyelikten çekilme ve ayrılmanın Sözleşmeyi feshetmekle eşdeğer tutulduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla üyeliğin sona ermesi halinde de üyeliğin sona erdiği tarihten 6 ay sonra Sözleşmeye taraf olma durumunun sona ereceğinin altı çizilmiştir³⁶.

Mahkeme, 22 Mart tarihli kararını verirken insan haklarının korunmasına hizmet etmekte bir araç olan Sözleşmenin hükümlerinin bu doğrultuda yorumlanması gerektiğini, Sözleşmenin taraf devletlerin yargı yetkisi altındaki kişilere pratik ve etkili bir koruma sağlamayı hedeflediğini vurgulamıştır³⁷. Yapılan bu vurgudan sonra Mahkemenin Rusya'nın taraf devlet sıfatının 6 ay daha devam edeceğini belirtmesi, Rusya'nın yargı yetkisi altındaki kişiler için mümkün olduğunca Sözleşmeden kaynaklı korumanın süresini uzatmak istediğinin bir göstergesi olarak yorumlanabilir³⁸. Konseyin insan haklarını koruma ve geliştirme misyonu düşünüldüğünde, Konsey organlarının Sözleşme maddesini neden bu şekilde yorumladıkları anlam kazanacaktır.

Rusya'nın Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki taraf sıfatının ne zaman sona ereceğine dair yapılan açıklamalardan sonra değinilmesi gereken bir diğer konu, Sözleşmenin denetim organı olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Rusya üzerindeki yargılama yetkisinin ne zamana kadar devam edeceği ve Mahkeme'nin önüne giden bireysel başvuruların akıbetinin ne olacağı konusudur.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yetkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ile kurulmuş olan ve Sözleşme'de yer alan hak ve

³⁶ Committee of Ministers, Legal and financial consequences of the cessation of membership in the Council of Europe under Article 8 of its Statute, CM(2022)70, 17 Mart 2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5d7d3#_ftnref1, (Erişim Tarihi: 11.06.2022).

³⁷ European Court of Human Rights, 22.03.2022, parag. 7.

³⁸ Antoine Buyse. "ECHR Continues to Apply for Russia Until 16 September 2022", *ECHR Blog*, 23 Mart 2022, <https://www.echrblog.com/2022/03/echr-continues-to-apply-for-russia.html>, (Erişim Tarihi: 12.06.2022).

özgürlüklerin ihlal edildiği iddialarını inceleyen uluslararası bir mahkemedir³⁹. 11 Nolu Ek Protokol'ün kabulüyle birlikte AİHS'ne taraf tüm devletler için Mahkeme'nin yargılama yetkisi zorunlu hale gelmiştir⁴⁰. Dolayısıyla Mahkeme'nin yargılama yetkisinden bahsedebilmek için her şeyden önce ilgili devletin Sözleşme'ye taraf olması gerekir. Çalışmanın konusu itibariyle tartışılacak olan mesele ise, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ndeki taraf sıfatını kaybeden bir devlet üzerinde Mahkeme'nin yargılama yetkisinin ne zamana kadar devam edeceği hususudur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 22 Mart 2022 tarihli kararında Rusya'nın yüksek sözleşmecî taraf sıfatının 16 Eylül'de sonlanacağını belirtmiştir. Buna müteakip olarak Mahkemenin yargılama yetkisinin ne zamana kadar devam edeceği de söz konusu kararda belirtilmiştir. Buna göre; Rusya 16 Eylül 2022 tarihine kadar Sözleşmenin tarafı olarak kabul edildiğinden Mahkemenin yargılama yetkisi de o tarihte sona erecektir. Diğer bir deyişle her ne kadar Rusya artık Avrupa Konseyi üyesi olmasa da Sözleşmeye taraf sıfatı 16 Eylül 2022 tarihinde sona ereceğinden, Mahkeme 16 Eylül 2022 tarihinden önce meydana gelmiş olmak kaydıyla Rusya aleyhine ileri sürülen Sözleşmenin ihlalini oluşturabilecek eylem veya ihmallerle ilgili başvuruları incelemeye yetkilidir⁴¹. Bunun sonucu olarak Rusya 16 Eylül itibariyle Sözleşmeden çıkmış olsa dahi, 16 Eylül'den önce meydana gelmiş bir olayla ilgili Rusya'daki iç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine Sözleşmedeki 4 aylık başvuru süresine riayet edilerek yapılmış olan bir başvuruda Mahkeme kendisini yetkili sayacak ve başvuruyu inceleyecektir. Bu da Sözleşmeden ayrılmanın üzerinden uzun bir süre geçmesine rağmen, hala Rusya aleyhine başvuruların dikkate alınacağı anlamına gelir.

Rusya'nın Konsey üyeliğinden çıkarılma tarihine kadar yapılmış olan bireysel başvurularla ilgili olarak ise Mahkeme 16 Mart tarihinde Rusya aleyhine yapılmış olan bütün başvuruların

³⁹ Kalabalık, s. 233.

⁴⁰ Kalabalık, s. 236.

⁴¹ European Court of Human Rights, 22.03.2022.

incelenmelerinin askıya alındığını bildirmişti⁴². 22 Mart tarihli kararında ise bu askıya alınma halinin kaldırıldığını ve incelemelere devam edileceğini duyurdu⁴³.

Mahkemenin yargılama yetkisi 16 Eylül'e kadar devam etmekle birlikte bu durum birtakım tartışmaları da beraberinde getirmektedir. Özellikle Rusya'nın 16 Eylül 2022 tarihinde sözleşmecî devlet olmaktan çıkmasıyla birlikte bu tarihten sonra kendisi aleyhine yapılan başvurulardaki yargılamalara nasıl katılabileceği meselesi açık değildir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 20.maddede, Mahkeme'nin yüksek sözleşmecî tarafların sayısına eşit sayıda yargıçtan oluşacağı kaleme alınmıştır. Rusya 16 Eylül tarihine kadar Sözleşme'ye taraf olmaya devam edeceği için şuan görevine devam eden Rusya için seçilmiş olan hakim, bu tarihe kadar Mahkeme'de bulunmaya devam edecektir. Ancak bu tarihten sonra Rusya'nın taraf sıfatı ortadan kalkacağından artık Rusya için seçilen hakimin Mahkeme'de bulunabilmesi mümkün olmayacaktır. Bu durum, bu tarihten sonra Rusya aleyhine yapılmış olan başvuruların incelenmesinde sıkıntı yaratacaktır. Bunun sebebi ise Sözleşmenin 26.maddesinin 4.fıkrasıdır⁴⁴. Söz konusu düzenleme gereği, Mahkemenin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, uyuşmazlığın tarafı olan devlet adına seçilmiş olan hakim, uyuşmazlığı inceleyecek olan Daire ve Büyük Dairenin doğal üyesidir. Dolayısıyla bu hakimin yokluğunda taraf devlet aleyhine inceleme yapmak mümkün değildir. Ancak 16 Eylül'den sonra Rusya için seçilmiş olan hakimin görevi sona ereceğinden artık AIHS m. 26/4 gereği, Mahkeme başkanının Rusya'nın önceden sunmuş olduğu listeden bir kimseyi ad hoc hakim olarak geçici süreliğine seçmesi gerekecektir. Fakat yaşanan olaylar ve Rusya'nın tutumu göz önüne alındığında, listede yer alan kimselerin yargılamalara katılmalarının mümkün gözükmediği tartışmaları başlamıştır. Ayrıca Rusya adına seçilen hakim yargılamalara katılsa bile, Rusya hükümetinin savunma yapmak, belge sunmak gibi aktif bir

⁴² Registrar of the Court, ECHR 092 (2022), 16.03.2022.

⁴³ European Court of Human Rights, 22.03.2022.

⁴⁴ M. 26/4: "Uyuşmazlığa taraf olan Yüksek Sözleşmecî Taraf adına seçilmiş olan yargıç, Daire ve Büyük Daire'nin doğal üyesidir. Bu yargıcın yokluğunda veya görev almasının mümkün olmadığı durumlarda, ilgili Taraf'ın önceden sunacağı listeden Mahkeme Başkanı'na seçilen bir kişi yargıç sıfatıyla görev alır."

şekilde yargılama sürecine katılıp katılmayacağı belirsizdir⁴⁵.

Bir diğer tartışma konusu ise Mahkeme önüne gelen bireysel başvuru ile ilgili ihlal kararı verdiği takdirde bu kararın nasıl icra edileceği, Rusya'nın verilen kararlara uyup uymayacağı meselesidir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 46. maddesine göre, kesin kararın infazını denetleyecek olan makam, Bakanlar Komitesidir. Bakanlar Komitesi her yıl düzenli olarak yaptığı toplantılarla kararların gereği gibi infaz edilip edilmediğini incelemektedir⁴⁶. Her ne kadar Bakanlar Komitesi Rusya'nın Konsey'den çıkarılmasının sonuçlarına yer verdiği 23 Mart tarihli kararında çıkarılmadan itibaren Rusya'nın Bakanlar Komitesinde temsil hakkı bulunmadığını belirtmiş olsa da (2 numaralı sonuç), Rusya aleyhine verilen kararların icrasıyla ilgili yapılacak toplantılarda Rusya'nın katılımını öngörmüştür. Buna göre Rusya, söz konusu mahkeme kararlarıyla ilgili bilgi almak ve vermek amacıyla Bakanlar Komitesinin toplantılarına katılabilecektir, fakat Komitenin aldığı kararlara veya yapılan oylamalara katılamayacaktır (7 numaralı sonuç)⁴⁷. Ancak nihayetinde Rusya'nın Mahkeme'nin vermiş olduğu kararları uygulaması, Bakanlar Komitesi tarafından yapılan toplantılara katılması kendi iradesine bağlı olarak gerçekleşecek olan şeylerdir. Halihazırda Rusya'nın Avrupa Konseyi üyesi olmamasından dolayı, toplantılara katılmadığı veya verilen kararlara uymadığı takdirde bunun yaptırımın ne olacağı veya herhangi bir yaptırımın olup olmayacağı konusu muallaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin yargılama yetkisinden bahsedilirken son olarak değinilecek nokta, bu zamana kadar yapılan tartışmalarda Rusya'nın iradesini net bir şekilde gösteren kanun tasarısının kabul edilmesidir. 7 Haziran 2022 tarihinde Rusya Parlamentosu tarafından kabul edilen kanun tasarısında temelde iki şey düzenlenmiştir. Bunlardan ilki Rusya'nın Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargı yetkisinden çıkmasına yöneliktir. Diğeri ise Rusya'nın Konseyden çekilme bildiriminde bulunduğu 15 Mart'ın sınır olarak kabul edilmesi ve bu tarihten sonra verilecek hiçbir

⁴⁵ Dzehtsiarou/ Helfer, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>.

⁴⁶ Elban, s. 177.

⁴⁷ Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022.

kararın uygulanmamasına ilişkindir⁴⁸. Dolayısıyla şuanki güncel olaylar ışığında bakıldığında, Rusya'nın Avrupa Konseyi ile var olan ilişkisini tamamen bitirmek istediği söylenebilir. Bu da Mahkeme kendisini yetkili saymış olsa bile, Rusya'nın yargılama ve devamında infaz sürecine katılmaması sonucunu gündeme getirecektir. Sonuç olarak yargılamalar devam edecek olsa da, yargılamaların sonucunda verilen kararlar muhtemelen sembolik bir anlam ifade edecektir⁴⁹.

D. Konsey'den Çıkarılma Yaptırımının Rus Vatandaşlarına Etkileri

Rusya'nın Konsey üyeliğinden çıkarılmasıyla ilgili son olarak değinilecek olan konu, Konseyden çıkarılma yaptırımının sonucu olarak 16 Eylül 2022 tarihinden sonra gerçekleşecek olan olaylarla ilgili Rusya'ya karşı bireysel başvuru yapılması imkanı kalmadığından, bu durumun dolaylı bir şekilde Rusya'nın ihlallerinden etkilenen Rus vatandaşları için de bir yaptırım anlamına gelip gelmediğidir. Yaptırım kelime anlamı olarak, 'yasaya, kurala karşı yapılan aykırı davranışlaraverilen ceza' anlamını taşımaktadır⁵⁰. Dolayısıyla Rusya'nın Konseyden çıkarılması bir yaptırım olarak düşünülebilse de Rus vatandaşlarının bireysel başvuru yapamaması bir yaptırımdan ziyade Konseyden çıkarılmanın istenmeyen bir sonucu olarak düşünülmelidir. Nitekim bu sadece Rus vatandaşlarını etkileyen bir durum da değildir. Rusya'nın ihlallerinden dolayı mağdur olan herhangi bir ülke vatandaşının Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurabilmesi mümkünken, Konseyden çıkarılmanın ardından Sözleşmecî devlet sıfatının da kaybedilmesi üzerine bu imkan herkes için ortadan kalkmış olacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, insan haklarını güvence altına almaya yarayan önemli bir uluslararası yargı organıdır ve kararları bağlayıcıdır. Mahkemeye bireysel başvuruda bulunabilmek ise, uluslararası hukuk nezdinde bireyler

⁴⁸ "Russian parliament votes to break with European Court of Human Rights", REUTERS, 07.06.2022, <https://www.reuters.com/world/europe/russian-parliament-votes-exit-european-court-human-rights-2022-06-07/>, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

⁴⁹ Dzehtsiarou/ Helfer, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal-reason/>.

⁵⁰ Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi: 11.06.2022).

açısından önemli bir kazanımdır. Her ne kadar Rusya'nın ihlallerinden etkilenen kimselerin Rusya'nın taraf olduğu diğer uluslararası sözleşmeler gereği farklı başvuru imkanları olsa da⁵¹, Avrupa düzeyinde yetkili olan AİHM'ne başvuru imkanının kalmamış olması, bu kimselerin insan hakkı ihlallerine daha açık olacağı ve hakları ihlal edildiğinde mahkemeye başvurma güvencelerinin bulunmayacağı anlamına gelmektedir. Dolayısıyla bu durum insan hakları açısından istenmeyen bir sonuç yaratacaktır.

Avrupa Konseyinden çıkarılmanın Rus vatandaşları veya daha geniş bir ifadeyle insan hakları açısından doğurduğu istenmeyen sonuçları yalnızca bireysel başvuru imkanının kalmamış olmasına indirgemek doğru değildir. Bireysel başvuru insan haklarını güvence altına almakta önemli bir araç olsa da, Avrupa Konseyinden çıkmak başka birtakım istenmeyen sonuçların da gündeme gelmesine neden olmuştur. Konuyla ilgili eski Rusya devlet başkanının yakın zamanda yaptığı bir açıklama örnek olarak gösterilebilir. Eski devlet başkanı Dmitry Medvedev yaptığı açıklamada, Rusya'nın Avrupa Konseyi üyeliğinden çıkmış olmasının Avrupa Konseyinin yasaklamış olduğu idam cezasını⁵² geri getirmek için iyi bir fırsat olduğunu belirtmiştir⁵³.

Avrupa Konseyinin temel hedeflerinden birinin insan haklarını korumak olduğu düşünüldüğünde, Rusya'nın konseyden uzaklaşması bu düsturu benimsemekten kaçtığına bir göstergesidir. Ayrıca Avrupa Konseyi bünyesinde imzalanmış başta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi olmak üzere birçok sözleşme, insan haklarını koruma amacına hizmet etmektedir. Ancak Rusya'nın bu sözleşmelerdeki taraf sıfatını kaybetmesi

⁵¹ Örneğin, Rusya'nın ihlallerinden etkilenen kimseler için Rusya'nın taraf olduğu Birleşmiş Milletler bünyesinde kabul edilen sözleşmelerin denetim organı olan Komitelere başvuru imkanı devam etmektedir.

⁵² Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No.lu Protokol'ün imzalanmasıyla birlikte ölüm cezası, hiçbir istisna olmadan Avrupa Konseyi üyesi devletler bakımından yasaklanmıştır. Protokol'ün Türkçe metni için bkz: https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AIHS_13.protokol.pdf, (Erişim Tarihi: 13.06.2022).

⁵³ "Russian parliament votes to break with European Court of Human Rights", <https://www.reuters.com/world/europe/russian-parliament-votes-exit-european-court-human-rights-2022-06-07/>.

Sözleşmelerden kaynaklı hiçbir yükümlülüğünün kalmaması anlamına gelmektedir. Bu yükümlülükler taraf devletlere sadece insan haklarını ihlal etmeme değil, insan haklarını geliştirme noktasında da yol göstermektedir. Dolayısıyla Rusya'nın sözleşmelerden kaynaklı bir yükümlülüğünün olmaması, Rusya'nın yetkisi dahilindeki kişilerin insan haklarının korunması ve geliştirilmesi bakımından olumsuz sonuçlar doğuracaktır. Halbuki insan haklarının ciddi ihlali üzerine işletilen Avrupa Konseyi Statüsü m. 8'de yer alan Konseyden çıkarılma yaptırımının sonucunun, ilgili devletin sözleşmesel insan hakları yükümlülüklerinden kurtulması anlamına gelmemesi gerekir⁵⁴. Aksine bir insan hakları koruma mekanizmasından beklenen, silahlı saldırıların yaşanması gibi kriz anlarında geri çekilmek yerine mağdurlar için çareler üretebilecek olmasıdır⁵⁵.

SONUÇ

İnsan haklarının korunması meselesi, günümüz modern dünyasının en önemli konularından biri haline gelmiştir. Özellikle geçtiğimiz yüzyılda yaşanan kanlı savaşlar, devletlerin bu konuda uzlaşarak kurdukları örgütler eliyle insan haklarını ulusal üstü bir güvenceye almak istemelerine neden olmuştur. Bu doğrultuda kurulan Avrupa Konseyi, kurulduğu günden bu yana insan haklarının korunması ve geliştirilmesine ilişkin önemli bir misyon üstlenmiştir. Sahip olduğu bu misyonun üye devletlere de sirayet etmesini hedefleyen Avrupa Konseyi, başta Avrupa Konseyi Statüsü olmak üzere hazırladığı birçok belgede insan haklarının önemini vurgulamış ve taraf devletlere insan haklarını korumaya ilişkin yükümlülükler yüklemiştir. Bugün Rusya'nın Ukrayna'ya karşı yaptığı saldırılar ise Avrupa Konseyinin amacına, ruhuna ve sahip olduğu misyona taban tabana zıt bir durum ortaya çıkarmıştır. Saldırılar sonucu binlerce insanın hayatını kaybetmesi, yaralanması, topraklarını terk etmeye zorlanması dünya çapında insan haklarını korumayı hedefleyen bütün örgütlerle paralel bir şekilde, Avrupa Konseyince de ağır insan hakları ihlali olarak

⁵⁴ Mantilla Blanco, <https://verfassungsblog.de/a-backdoor-exit-from-the-european-convention-on-human-rights/>.

⁵⁵ Jahn, <https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/>.

nitelendirilmiştir. Saldırlara karşı ilk günden itibaren tepkisini açıkça ortaya koyan Konsey, saldırıların sonlanmaması üzerine son çare olarak Rusya'ya karşı konseyden çıkarma yaptırımını uygulamıştır.

Rusya'nın Konseyden çıkarılması tartışmaya açık başta hukuki ve siyasi birçok sonuç doğurmuştur. Özellikle insan hakları bakımından doğurduğu sonuçlar çeşitli açılardan eleştirilere tabi tutulmuştur. Rusya'nın Konseyden çıkmasıyla birlikte artık kendisine karşı Konsey bünyesinde var olan insan haklarını koruma mekanizmaları dayatılamayacağından bu durumun insan hakları için bir gerileme olduğu genel kabul edilen görüştür. Buna karşılık Avrupa Konseyi her ne kadar Rusya'yı üyelikten çıkarmış olsa da, diğer uluslararası örgütlerle ve ulusal düzeydeki kuruluşlarla işbirliği içerisinde hareket ederek Rusya'nın insan hakkı ihlallerinden mağdur olan kimseler için çözüm yöntemleri geliştirmeye çalışmaktadır. Bunun yanı sıra, Rusya'nın 16 Eylül 2022 tarihine kadar Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf sıfatının devam etmesi, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yargılamasına tabi olması Avrupa Konseyi ile olan ilişkisinin tamamen bitmediğinin göstergesidir. Her ne kadar içinde bulunulan zaman diliminde Rusya, Avrupa Konseyi ile olan bağlarını tamamen koparma niyetinde ise de ilerleyen zamanlarda Rusya'nın tekrar Konseyle işbirliğinde bulunma ve hatta tekrar Konseye üye olma imkanı olduğu unutulmamalıdır.

KAYNAKÇA

Antoine Buyse. "ECHR Continues to Apply for Russia Until 16 September 2022", *ECHR Blog*, 23 Mart 2022, <https://www.echrblog.com/2022/03/echr-continues-to-apply-for-russia.html>, (Erişim Tarihi: 12.06.2022).

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne Ek Ölüm Cezasının Her Koşulda Kaldırılmasına Dair 13 No.lu Protokol'ün Türkçe metni, https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2015/07/29/AIHS_13.protokol.pdf, (Erişim Tarihi: 13.06.2022).

Avrupa Konseyi Statüsü orijinal metin, <https://rm.coe.int/1680306052> (Erişim Tarihi: 5.06.2022).

Avrupa Konseyi Statüsü Türkçe metni, https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2712020093815001_tur.pdf (Erişim Tarihi: 5.06.2022).

- Committee of Ministers, CM/Del/Dec(2022)1426bis/2.3, 24.02.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5a1f1, (Erişim Tarihi: 8.06.2022).
- Committee of Ministers. CM/Del/Dec(2022)1426ter/2.3, 25.02.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5a360, (Erişim Tarihi: 7.06.2022).
- Committee of Ministers. CM/Del/Dec(2022)1428bis/2.3, 10.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5c619, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).
- Committee of Ministers, CM/Res(2022)2, 16.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5ee2f, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).
- Committee of Ministers, CM/Res(2022)3, 23.03.2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5ee2f, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).
- Committee of Ministers, Legal and financial consequences of the cessation of membership in the Council of Europe under Article 8 of its Statute, CM(2022)70, 17 Mart 2022, https://search.coe.int/cm/Pages/result_details.aspx?ObjectID=0900001680a5d7d3#_ftnref1, (Erişim Tarihi: 11.06.2022).
- Council of Europe, “The Russian Federation is excluded from the Council of Europe”, *Newsroom*, 16.03.2022, <https://www.coe.int/en/web/portal/-/the-russian-federation-is-excluded-from-the-council-of-europe>, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).
- Dzehtsiarou, Kanstantsin/ Batura, Justine/ Zimmermann, Nesa. “The Closing Door in Strasbourg, An Interview with Kanstantsin Dzehtsiarou on the Council of Europe’s suspension decision”, *Völkerrechtsblog*, 26.02.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/the-closing-door-in-strasbourg/>, (Erişim Tarihi: 8.02.2022).
- Dzehtsiarou, Kanstantsin/ Coffey, Donal K. “Suspension And Expulsion Of Members Of The Council Of Europe: Difficult Decisions In Troubled Times”, *International & Comparative Law Quarterly*, C. 68, 2019, s. 444, <https://mural.maynoothuniversity.ie/15628/1/DC-suspension-expulsion-2019.pdf>, (Erişim Tarihi: 7.06.2022).
- Dzehtsiarou, Kanstantsin/ Helfer, Laurence. “Russia and the European human rights system: Doing the right thing ... but for the right legal reason?”, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 29.03.2022, <https://www.ejiltalk.org/russia-and-the-european-human-rights-system-doing-the-right-thing-but-for-the-right-legal->

reason/, (Erişim Tarihi: 8.06.2022).

Elban, Hasan Kemal. “Avrupa Konseyi Ve İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İlişkileri”, *TBB Dergisi*, S. 77, 2008, ss. 167-190.

Ergani, Namık Kemal. “Avrupa Konseyi ve İnsan Hakları”, *Danıştay Dergisi*, Y. 33, S. 106, 2003, ss. 57-75.

European Court of Human Rights. Resolution of the European Court of Human Rights on the consequences of the cessation of membership of the Russian Federation to the Council of Europe in light of Article 58 of the European Convention on Human Rights, 22.03.2022, https://echr.coe.int/Documents/Resolution_ECHR_cessation_membership_Russia_CoE_ENG.pdf, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukukuna Giriş*, Seçkin Yayıncılık, Ankara, 2021.

Jahn, Jannika. “The Council of Europe Excludes Russia: A Setback for Human Rights”, *EJIL:Talk! Blog of the European Journal of International Law*, 23.03.2022, <https://www.ejiltalk.org/the-council-of-europe-excludes-russia-a-setback-for-human-rights/>, (Erişim Tarihi: 7.06.2022).

Magliveras, Konstantinos. “The Question of Expelling Recalcitrant Member States: The Termination of the Russian Federation’s Membership in the Council of Europe”, *Völkerrechtsblog*, 03.05.2022, <https://voelkerrechtsblog.org/the-question-of-expelling-recalcitrant-member-states/>, (Erişim Tarihi: 13.06.2022).

Mantilla Blanco, Sebastián. “ Backdoor Exit from the European Convention on Human Rights: Russia, the Council of Europe and Article 58(3) ECHR”, *VerfBlog*, 5.04.2022, <https://verfassungsblog.de/a-backdoor-exit-from-the-european-convention-on-human-rights/>, (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

Parliamentary Assembly, Consequences of the Russian Federation's aggression against Ukraine, Opinion 300 (2022), 15.03.2022, <https://pace.coe.int/en/files/29885/html>. (Erişim Tarihi: 10.06.2022).

Registrar of the Court, ECHR 092 (2022), 16.03.2022, <https://hudoc.echr.coe.int/eng-press?i=003-7287047-9930274>, (Erişim tarihi: 10.06.2022).

“Russian parliament votes to break with European Court of Human Rights”, REUTERS, 07.06.2022, <https://www.reuters.com/world/europe/russian-parliament-votes-exit-european-court-human-rights-2022-06-07/>, (Erişim

Tarihi: 10.06.2022).

Türk Dil Kurumu Sözlükleri, <https://sozluk.gov.tr/>, (Erişim Tarihi:
11.06.2022).

MİLLETLERARASI ÖZEL HUKUK

ICSID TAHKİM KARARLARININ TÜRKİYE'DE İCRASI PROBLEMİ: 28.4.2021 TARİHLİ E. 2021/875 K. 2021/4586 NOLU YARGITAY KARARI DEĞERLENDİRMESİ

Esra YILDIZ ÜSTÜN¹

Öz

Türkiye'nin de taraf olduğu Devletlerle Diğer Devletlerin Vatandaşları Arasındaki Yatırım Uyuşmazlıklarının Çözümüne İlişkin Konvansiyon (ICSID Konvansiyonu) yabancı hakem kararlarının tenfizine ilişkin farklı bir sistem oluşturmuştur. ICSID Konvansiyonu'nun 54. maddesi ICSID hakem kararlarını geleneksel tanıma ve tenfiz prosedürünün dışına çıkarmış olup, her âkit devletin ICSID hakem kararı ile bağlı olduğunu ve kararda yer alan parasal yükümlülükleri kendi milli mahkemesinin nihai bir kararı gibi yerine getireceği düzenlenmiştir. Bu madde aslen ICSID kararlarının doğrudan üye ülkelerde ilamlı icraya konulabileceğini açıklamaktadır. Türkiye'de taraf olduğu bu anlaşma gereği ICSID kararlarını doğrudan icra etmekle yükümlüdür. Taraf devletlerin ICSID kararlarını inceleme yetkisi bulunmamaktadır. Ancak 2021 yılında Yargıtay'ın verdiği bir karar bu konuda kafa karışıklığına yol açmıştır. Yargıtay'ın vermiş olduğu kararda ICSID tahkim kararları Türkiye'nin ICSID tahkim enstitüsüne bildirdiği onay merciinin denetimi olmadan ilamlı icra başlatılamayacağı aksi halde gerek Türk hukukuna gerekse ICSID Konvansiyonuna uygun düşmeyeceğine ilişkin gerekçe sunmuştur. Devamında ise, yabancı mahkemeler tarafından hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş ilamların icrası için Türk mahkemeleri tarafından MÖHUK 60. md ve devamı hükümlerine göre tenfiz kararı verilmesi ve bu tenfiz kararının usulünce kesinleşmesinden sonra ilamlı icraya konu edilmesi mümkün iken, takibe konu ICSID hakem kararının icra edileceği ülke makamları tarafından denetlenmeksizin ilamlı icraya konulmasını uygun görmediğini belirtmiştir. Yargıtay'ın kararından anlaşılan Türkiye tarafından belirlenen onay merciinin bir denetim mekanizması olarak lanse edilmesidir ki bu ICSID Konvansiyonunun amacına ve ruhuna hizmet etmez. İkincil olarak ise bu onay aşamasının atlanmış olması ICSID

¹ Dr.Öğr.Üyesi, Atatürk Üniversitesi, Hukuk Fakültesi, esra.ustun@atauni.edu.tr, ORCID ID: 0000-0003-4106-4812.

kararının üye ülkelerdeki ilamlı icra niteliğini kaybettirmez. Çünkü sözleşmeye taraf olan devletlerin sadece 93'ü onay mercii belirtmiştir. Geri kalanı henüz böyle bir mercii için bilgilendirme yapmamıştır. Bu demek oluyor ki onay mercii bu kararların icrasında zorunlu unsur olarak kabul edilmemelidir. Konvansiyonun amacı yatırım tahkimi kararlarının icrasını kolaylaştırmakken bu onay aslen *res judicata* ilkesine yönelik düzenlenmiştir.

Bu çalışma 3 ana bölümden oluşmaktadır. İlk olarak uyuşmazlık konusu dava kısaca özetlenecek ve ardından ICSID Sözleşmesi'nin kararların icrasına ilişkin 54. mdsinde belirtilen üye ülke tarafından onay merciiinin belirtilmemiş olması veyahut bu aşamanın atlanılmış olması durumları tartışılacaktır. Son olarak ise, diğer üye devletlerden de örnekler sunularak Yargıtay'ın kararı yorumlanacaktır.

Anahtar Kelimeler: ICSID hakem kararı, tanıma, tenfiz, *res judicata*, onay makamı

THE PROBLEM OF ENFORCEMENT OF ICSID AWARDS IN TURKEY: EVALUATION OF THE COURT DECISION DATED 28.4.2021 E. 2021/875 K. 2021/4586

Abstract

The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States (hereafter 'ICSID Convention') that Turkey is a party has created a different system for the enforcement of foreign arbitral awards. According to Article 54 of the ICSID Convention, ICSID has taken the arbitral awards out of the traditional recognition and enforcement procedure, and it has been regulated that each contracting state shall recognize an award rendered under this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. This article essentially explains that ICSID decisions must be enforced directly in member states. ICSID Convention does not allow the contracting states to review these awards. However, a decision of the Supreme Court in 2021 confused about enforcement stage in Turkey. In the decision of the Supreme Court, the ICSID awards provided a justification that a judgment cannot be initiated without the supervision of the approval authority that Turkey has notified to the ICSID arbitration institute, otherwise, it would not comply with both Turkish law and the ICSID Convention. Afterward, while Turkish courts issue an enforcement decision by the provisions of International Private Law and Procedural Law Article 60 and its continuation for the execution of the verdicts given by foreign courts concerning civil lawsuits and finalized according to the laws of that state, and subject to execution with a verdict after this enforcement decision is duly finalized; the Supereme Court considers that it is not appropriate to

enforce the ICSID awards without being examining by the authorities of the enforcing state. It is understood from the decision of the Supreme Court that the approval authority determined by Turkey is introduced as a control mechanism, which does not serve the purpose and spirit of the ICSID Convention. Secondly, skipping this approval stage does not affect the ICSID award's power of enforcement in member states. Because only 93 of the states that are party to the convention have stated the ratification authority. The rest of the contracting states have not yet notified such an authority. This means that the approval authority should not be regarded as a mandatory element in the execution of these arbitral awards. While the purpose of the convention is to facilitate the enforcement of investment arbitration decisions, this approval was originally drafted for the principle of *res judicata*.

This study is divided into 3 main parts. First, the case will be briefly summarized, and then the disputes where the ratification authority has not been specified by the member state specified in the Article 54 of the ICSID Convention on the enforcement of decisions or this stage has been skipped will be discussed. Finally, by presenting example cases from other member states, the decision of the Supreme Court will be evaluated.

Keywords: ICSID arbitral award, recognition, enforcement/execution, *res judicata*, ratification authority

GİRİŞ

Son dönemde yatırım tahkiminin en çok tartışılan ve de çözüme kavuşturulamayan konularından biri de ICSID tahkim kararlarının icrasının nasıl yapılacağıdır. 2016 yılında Türk Yargıtayı'nın önüne gelmiş olan davada da aynı sorunla karşılaşmıştır. Yargıtay 12. Dairesi'nin bu uyuşmazlık konusu üzerindeki düşünceleri oldukça önem arz etmektedir çünkü bundan sonraki benzer nitelikteki uyuşmazlıklar için öncü nitelik taşımaktadır. Ayrıca, bu karar hem uluslararası platformda Türkiye'nin saygınlığı noktasında önemli bir faktör hem de ICSID tahkiminin geleceğine ilişkin etkileri olacağı düşünülmektedir.

Uyuşmazlık bir Türk inşaat şirketi olan İçkale İnşaat Limited Şirketi ("İçkale") tarafından Türkmenistan aleyhine yapılan yatırım tahkim iddiasından kaynaklanmıştır.² Hakem heyeti, talebi hukuki dayanaktan yoksun bularak esastan reddetmiş ve davacının ev sahibi ülke olan Türkmenistan'ın bu tahkim süresince harcamış olduğu yasal bilirkişi ücretlerinin ve giderlerinin yüzde 20'sini bu da yaklaşık 1,75 milyon ABD Doları ödemesine hükmetmiştir. Davacı şirket ICSID hakem kararını gönüllü bir şekilde yerine getirmeyince Türkmenistan 2016 yılında Türkiye'de yasal işlem olarak, ICSID Konvansiyonu'nun 54. mdsine dayanarak, doğrudan icra dairesine başvurmuştur. Ancak, davalı yatırımcı şirket icra mahkemesine icra takibinin iptaline ilişkin itirazda bulunmuş ve itirazı reddilmiştir. Bunun üzerine istinafa gidilmiş ve buradan da sonuç alamayınca yatırımcı uyuşmazlığı temyize götürmüştür. Uyuşmazlık Yargıtay 12. Daire'sinin önüne gelmiştir ve de Daire ilk derece mahkemesi ve istinaf mahkemesinin tam tersi bir gerekçe ile teymiz talebini kabul edip ilk derece mahkemesinin kararını bozmuş istinafın kararının ise kaldırılmasına hükmetmiştir. Bu çalışma ICSID tahkim kararının Türkiye'de icra problemi 2021 tarihli Yargıtay kararı üzerinden değerlendirilmesi hakkındadır ve üç ana başlıktan oluşmaktadır. Öncelikle yargıtayın bozma sebepleri ve buna bağlı olarak ICSID Konvansiyonu'nun 54.md nin yorumu ve son olarak uluslararası hukukta ICSID Hakem kararlarının tanınmasına ilişkin karşılaştırmalı olarak bir değerlendirme yapılacaktır.

² İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/10/24, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin E.2021/875-K.2021/4586 sayılı ve 28.04.2021.

Yargıtay'ın Bozma Sebepleri

Yargıtay 12. Daire'side önüne gelen bu uyuşmazlıkta bozma gerekçelerinden ilkinin: 'ICSID hakem kararlarının Türkiye'de icra edilebilirliği yönünden Türkiye tarafından ICSID Sözleşmesi'nin 54(2). maddesinde öngörülen yetkili makam belirlenmediğinden ve ICSID Sözleşmesi'nde belirlenen bu ön koşul sağlanmadan hakem kararının doğrudan ilamlı icra takibine konu edilebileceği yönünde bir sonuca ulaşamayacağından, icra mahkemesince borçlunun şikâyetinin kabulü ile takibin iptaline hükmedilmesi gerekirken, yazılı gerekçe ile şikâyetin reddi yönünde hüküm tesisini ve istinaf başvurusunun da Bölge Adliye Mahkemesince esastan reddedilmesini isabetsiz bularak, Bölge Adliye Mahkemesi kararının kaldırılmasına, icra mahkemesi kararının ise bozulmasına oybirliğiyle karar vermiştir.' şeklinde belirtmiştir.

Yargıtay, esasa ilişkin olarak 'Yabancı mahkemelerden hukuk davalarına ilişkin olarak verilmiş ve o devlet kanunlarına göre kesinleşmiş ilamların icrası için Türk mahkemeleri tarafından MÖHUK hükümlerine göre tenfiz kararı verilmesi ve bu tenfiz kararının usulünce kesinleşmesinden sonra ilamlı icraya konu edilmesi mümkün iken, takibe konu ICSID hakem kararının, hiç bir millî makam tarafından denetlenmeksizin, doğrudan ilamlı icra takibine konu edilmesi, gerek Türk hukuk mevzuatına, gerekse ICSID Sözleşmesi'ne uygun düşmeyecektir' görüşünü de belirtmiştir.

ICSID hakem kararlarını diğer hakem kararlarından ayıran asıl özelliği doğrudan ilamlı icraya konulabilmesidir. Daha da açacak olursak, bu Konvansiyona taraf olan ülkelerin ICSID hakem kararlarını içerik ve şekil yönünden inceleyemeyecek ve aynı kendi milli mahkemelerinin kararıymış gibi icra kabiliyeti olduğunu kabul edeceklerdir. Bu durumun tek istisnası ise Konvansiyon'un 54(2) fıkrası gösterilmektedir çünkü bu fıkra der ki: "bir âkit devlette hakem kararının tanınmasını ve icrasını isteyen taraf, âkit devletin bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeye veya mercie, hakem kararının ICSID Genel Sekreteri tarafından onaylanmış bir örneği ile müracaat edecektir".³ Her âkit devlet bu amaçla atayacağı uygun bir mahkemeyi veya mercii ICSID Genel Sekreterliğine

³ ICSID Official Website, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf> son erişim 10.06.2022.

bildirecektir. Yani usuli açıdan ilamlı icraya konulması için bu yetkili mercinin onayına sunulmuş olması aranmaktadır şeklinde yorumlanabilir. Nitekim Yargıtay 12. Dairesi de vermiş olduğu bu kararda yetkili mercinin onay sürecinin başvuru tarihinde gerçekleşmemesinin yahut başvuru mercinin o tarihte belli olmaması durumunda dahi tahkim kararının doğrudan icra edilemeyeceği görüşünü savunmaktadır.⁴ Oysa ki madde temeline indiğimizde şunu görmekteyiz, aslen taraf ülkeler tarafından yetkilendirilen bu mercii bir denetleme mercii değildir. Bunu nereden anlıyoruz: ICSID'in yetkili mercii listesine baktığımızda taraf ülkelerin bazıları Bakanlıklarını bazıları bizzat Başkanlarını bazıları iste ilk derece bazıları ise yüksek mahkemelerini yetkili kılmıştır. Ancak, mahkemeler bir yabancı hakem kararlarını içerik ve usul anlamında denetimini yapabilir. Buna ek olarak 2020 yılında toplamda sadece 92 üye ülke yetkili mercii bildiriminde bulunmuştur.⁵ Bu da toplamda 157 üye ülkenin tamamının halen bildirim yapmadığı ve aynı mantıkla bu ülkelerde yetkili mercii belirlenip ICSID Sekreterliği'ne bildirim yapılana denk ICSID hakem kararlarının bildirim yapmayan ülkelerde icra edilemeyeceği anlamına gelir. Türkiye'de bu bildirim 2017 yılında gerçekleştirmiştir ki Türkiye, ICSID Konvansiyon'unu 24 Haziran 1987 tarihinde imzalamıştır. Konvansiyon, ülkemizde 2 Nisan 1989 tarihinde yürürlüğe girmiştir⁶, aradaki yaklaşık 28 yılda ICSID hakem kararlarının ülkemizde nasıl icra edildiği ya da yetkili mercii bildirim yapmayan diğer ülkeler de nasıl icrasına izin verildiği sorusu gelmelidir. Eğer bu yetkili mercinin onayını hakem kararının icrası için zorunlu usuli bir şart olarak kabul edersek Konvansiyon'un ve de ilgili fıkranın amacına ve ruhuna hizmet etmiş olunmayacaktır. Konvansiyon'un şerhinde de bu fıkranın

⁴ Esen, Emre. ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.04.2021 Tarihli Kararı Lexpera Blog 04.02.2022. Pelin Baysal, Bilge Kağan Çevik, "What do the Turkish Courts Think about Article 54 ICSID Convention?", Kluwer Arbitration Blog 22.04.2022. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/28/what-do-the-turkish-courts-think-about-article-54-icsid-convention/> son erişim 10.06.2022

⁵ ICSID Official Website, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/2020_July_ICSID_8_ENG.pdf son erişim 02.06.2022.

⁶ ICSID Official Website, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> son erişim 18.05.2022.

sadece *res judicata* ilkesi gereği konulduğu yani kesin hüküm etkisi için gerekli bir usuli işlem olduğu da belirtilmiştir.⁷

Bir ICSID kararının tanınması ve tenfizi için işlemlerin bir kaç devlette aynı anda başlatılmaması için her hangi bir yasaklayıcı hüküm bulunmamaktadır. Bir taraftan kesin hüküm etkisini güvence altına almak için bir ICSID kararın birkaç farklı devlette tanınması gerekli olabilir. Ancak, kararın birkaç devlette icrası isteniyorsa, bu devletlerdeki mahkemeler ve yetkili makamlar, ödemenin bir defadan fazla yapılmamasını sağlamak için birbirleriyle koordine etmek zorunda kalacaklardır.⁸

Aksi düşünülürse madde fıkrası konvansiyonun 54(1) ve (3) fıkrası ile de çelişecektir. Aynı bir denetleme mekanizması olarak algılanması oldukça yanlış olacaktır. Bu durumun diğer ülkelerde nasıl yönetildiğine bakacak olursak, İsveç kendi bilgilendirme klavuzunda yetkili mercii Dış İşleri Bakanlığı olarak belirlemiş ve açıkça bu makam onayının atlanması durumunda dahi doğrudan ilamlı icraya konulabileceğinin uygun olacağını belirtmiştir.⁹ Burada madde yorumlamasını yaparken aslen Viyana andlaşmalar hukuku sözleşmesi çerçevesinde 31.md gereği bir andlaşma, “hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır” hükmünden de yararlanılabilir.¹⁰ O nedenle Yargıtay’ın vermiş olduğu kararın bu noktada ICSID Konvansiyon’un amacına ve ruhuna uygun olduğu düşünülebilir. Nitekim hala mercii belirlemeyen ülkeler var, o halde bu ülkelerin ICSID Konvansiyon’una taraf olmalarının karar icrası bakımından hiç bir niteliği kalmayacaktır. ICSID kararlarının kendine has icrası yerine New York Konvansiyon’una göre mi icra edilecekler gibi arka arkası kesilmeyen sorular karşımıza çıkacaktır.

Bir diğer önemli nokta ise ICSID Genel Sekreterliği üye devletler tarafından yetkilendirilen merciielerin kendilerinden talep edilen tanıma işlemini hiç bir şekilde reddemeyeceklerini açıkça

⁷ Schreuer, Christoph H., Malintoppi, Loretta., Reinisch August . and Anthony Sinclair, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*, II. Baskı, Cambridge, CUP, 2009.

⁸ Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, 1148. UNCITRAL 2.9 Binding Force and Enforcement, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.8, s. 15.

⁹ Bermann, George A. “Understanding ICSID Article 54”, *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, Volume 35, Issue 1-2, Winter/Spring 2020, 311-344.

¹⁰ Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, s. 1148.

belirtmektedir.¹¹ Bu da aslında Konvansiyon'un amacına hizmet eden bir yaklaşımdır. Yetkili merciinin bir diğer amacı ise 'stay of enforcement' durumu varsa ve bu merciiye onama için sunulması durumunda bu öğrenilecek ve bekletilecektir.¹²

Yargıtay'ın 2. gerekçesine geldiğimizde ise ICISD hakem kararlarının milli mahkemelerce denetime tabi tutulmamasının hem ICSID Konvansiyonu'na hem de Türk hukukuna ayırık olduğunu düşündüğünü görmekteyiz. Bu nokta da ise irdelenmesi gereken Konvansiyon'un 54 (1) fıkrasıdır. Madde, bir Sözleşmeci Devlet olarak Türkiye'nin bir ICSID kararını bağlayıcı olarak tanıyacağını ve bu kararın getirdiği maddi yükümlülükleri, Madde 54(1) uyarınca Türkiye'deki bir mahkemenin nihai kararıymış gibi kendi topraklarında uygulayacağını teyit etmiştir. Bu da demek oluyor ki ICSID hakem kararları ilam niteliğine haizdir. Diğer tahkim kararları gibi milli mahkemelerde tanıma ve tenfiz prosedürüne tabi değildir. Konvansiyon üye ülkelere sadece icra kısmında haczedilmek istenen malın haczedilip haczedilemeyeceğine ilişkin kendi milli hukukları çerçevesinde karar verebilmektedirler. Yani kararı icra eden devlet bu malın bir kamu malı mı yoksa ticari mal mı olduğuna kendi mevzuatı çerçevesinde karar vererek haczine izin verir. Tabi bu yetki ICSID hakem kararlarının icrasını engellemek için kullanılamaz. Fakat, pratikte devletlere verilen bu yetkinin bazen amaç dışı da kullanıldığı göze çarpmaktadır. Son dönemlerde özellikle AB üye ülkeleri ICSID hakem kararlarının doğrudan icrası ile AB hukukunun çeliştiğini belirterek uygulamama yoluna gitmektedirler. Özellikle *Romanya & Micula*¹³ davasında bu durum açıkça gözler önüne serilmiştir. Yatırımcı Micula Belçika, Lüksemburg, İsveç, İngiltere ve Romanya mahkemelerinden AB devlet yardımı yasasına aykırılık sebebiyle icrası reddilmiştir. Bu süreçte ICSID Sekreteryası sadece bu süreçleri izlemekte olup herhangi bir aksiyon almamaktadır. Elbette AB'nin bu yaklaşımı yeni kurulmasını istedikleri uluslararası yatırım mahkemesi ile de ilgili olabilir. ICSID kararlarının icrasının engellenmesi geleceği

¹¹ Tamlyn Mills and Andrew Battison, Recognition, Enforcement and Recovery of Investment Treaty Awards: Part I, International arbitration Report Issue 18. <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/77592830/recognition-enforcement-and-recovery-of-investment-treaty-awards-part-i> son erişim 13.06.2022.

¹² Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, s. 1145.

¹³ *Nacka Tingsra`tt, Micula et al v Romania*, Judgment, Case No A 2550-1, 23 January 2019.

noktasında oldukça önem arz etmektedir. Yargıtay'ın gösterdiği gerekçe ise hem AY'nın 90.md hem de MÖHUK 1 (2) fıkrasında uluslararası anlaşmalar öncelikli olarak uygulanması gerekmektedir. Her ne kadar dünyada bir dönüşüm farkedilse de mevcut mevzuatlar kapsamında ICSID kararları ülkemizde içerik denetimine tabi değildir. Aksi halde konvansiyonun ilgili maddeleri ihlal edilmiş olur ve bu da uluslararası platformda ülkemizin saygınlığına zarar verebilir. ICSID Konvansiyonunun taslak metni hazırlanırken ki dönem dünya bankası başkanı Mr. Broches kararların mümkün olduğunca koşulsuz olması gerektiğini öne sürmüştü.¹⁴ Ayrıca ICSID hakem kararlarına karşı sadece belirli sebeplere dayanarak süresi içinde yine ICSID'de iptali istenebilir aksi halde ne ICSID'in ne de milli mahkemelerin kanun yolu mevcut değildir.

SONUÇ

Yargıtay'ın ICSID kararlarına karşı tanıma ve tenfize ilişkin görüşü ICSID Konvansiyonun hem 54. mdne hem de amacına ve ruhuna uygun bir yaklaşım değildir. Bu yaklaşımın önemi ileriki kararlara etkili olması ve genel olarak Türk mahkemeleri'nin ICSID kararlarını uygulamada çekimser davranmasına neden olabilir. Bu da Türkiye'nin uluslararası platformda itibarına zedeleyebilir. Tanıma konusunda ise 28 yıllık bir aradan sonra yetkili mercinin belirlenmesi de aslen temel bir eksikliktir ve aradaki bu süreçte yetkili mercii tanıma yapmadan nasıl icra edildiği de ayrı bir konudur.

Buna ek olarak, AB ülkelerinin yaklaşımı noktasında da problemler vardır ancak bu hem yatırım mahkemesinin kurulmasını desteklemek amaçlı da olabilir. çünkü radikal bir şekilde dönüşüm yaşayan AB ülkelerinin ICSID kararlarının icrasını noktasında ortak hareket ettiği de gözlemlenebilmektedir. Sonuç olarak, devletlerin taraf olup imzaladıkları anlaşmalara uygun hakeret etmeleri, doğrudan yabancı yatırımı çekmelerini de sağlayacak temel unsurlardır. Sadece sağlanan imkan ve verilen imtiyazlar değil, ülkelerin uyuşmazlık sonrası tavır ve aksiyonları da yabancı yatırımcıların yatırım yapmadan önce üzerinde durdukları diğer önemli bir husustur.

¹⁴ Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, s. 1145.

KAYNAKÇA

- Bermann, George A. "Understanding ICSID Article 54", ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volume 35, Issue 1-2, Winter/Spring 2020, 311-344.
- Esen, Emre. ICSID Hakem Kararlarının Türkiye'de İcrası ve Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin 28.04.2021 Tarihli Kararı Lexpera Blog 04.02.2022.
- ICSID Official Website, <https://icsid.worldbank.org/about/member-states/database-of-member-states> son erişim 18.05.2022.
- ICSID Official Website, <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20English.pdf> son erişim 10.06.2022.
- ICSID Official Website, https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/2020_July_ICSID_8_ENG.pdf son erişim 02.06.2022.
- İçkale İnşaat Limited Şirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Yargıtay 12. Hukuk Dairesinin E.2021/875-K.2021/4586 sayılı ve 28.04.2021.
- Nacka Tingsra* ıt, *Micula et al v Romania*, Judgment, Case No A 2550-1, 23 January 2019.
- Pelin Baysal, Bilge Kağan Çevik, "What do the Turkish Courts Think about Article 54 ICSID Convention?", Kluwer Arbitration Blog 22.04.2022. <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2022/04/28/what-do-the-turkish-courts-think-about-article-54-icsid-convention/> son erişim 10.06.2022.
- Schreuer, Christoph H., Malintoppi, Loretta., Reinisch August . and Anthony Sinclair, Anthony. *The ICSID Convention: A Commentary*, II. Baskı, Cambridge, CUP, 2009.
- Schreuer, Malintoppi, Reinisch and Sinclair, 1148. UNCITRAL 2.9 Binding Force and Enforcement, UNCTAD/EDM/Misc.232/Add.8, s. 15.
- Tamlyn Mills and Andrew Battison, Recognition, Enforcement and Recovery of Investment Treaty Awards: Part I, International Arbitration Report Issue 18. <https://www.nortonrosefulbright.com/en/knowledge/publications/77592830/recognition-enforcement-and-recovery-of-investment-treaty-awards--part-i> son erişim 13.06.2022.